DER BEGRIFF DES LEITENDEN ANGESTELLTEN IM SINNE DES §5 ABS. 3 BETRVG

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen-Wilhelms-Universität zu Münster,

vorgelegt von:
Michael Bongartz
aus Issum, Kreis Geldern

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547212_0030

DER BEGRIFF DES LEITENDEN ANGESTELLTEN IM SINNE DES §5 ABS. 3 BETRVG

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch den Fachbereich
Rechtswissenschaft der Westfälischen-Wilhelms-
Universität zu Münster,

vorgelegt von:
Michael Bongartz
aus Issum, Kreis Geldern

1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter	Prof. Dr. Schlüter
Zweiter Berichterstatter	Prof. Dr. Kollhosser
Dekan	Prof. Dr. Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1976

Seite

Inhaltsübersicht 1

Literaturverzeichnis 5

Abkürzungsverzeichnis 26

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

§ 1) Problematik und Abgrenzung des Themas 29

I.) Rechtliche Tragweite des § 5 Abs 3 BetrVG 29

II.) Abgrenzung des Themas und Gang der Untersuchung 42

§ 2) Meinungsstand zur Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG 44

I.) Zu den Deutungsmöglichkeiten des § 5 Abs. 3 BetrVG 44

1.) Die verschiedenen Ansichten 44

2.) Argumentation 48

II.) Meinungsstand zum Begriff des "leitenden Angestellten" 52

1.) Vorbemerkung 52

2.) Allgemeiner Überblick über den Meinungsstand 53

3.) Der Meinungsstand im Einzelnen 63

a) Die Verkehrsanschauung zum Begriff des "leitenden Angestellten" 63

b) Meinungsstand in der Literatur 73

c) Meinungsstand in der Rechtsprechung 77

4.) Zusammenfassung 85

Seite

§ 3) Der betriebsverfassungsrechtliche Begriff des "leitenden Angestellten" 86

I.) Die Konzeption des § 5 Abs. 3 BetrVG 86

1.) Überblick 86
2.) Grammatikalische Auslegung 94
3.) Systematische Auslegung 98
4.) Historische Auslegung 99
5.) Teleologische Auslegung 105
6.) Zusammenfassung und Ergebnis 115

II.) Der Inhalt des Begriffs des "leitenden Angestellten" 116

1.) Überblick 116
2.) Grammatische Auslegung 117
3.) Historische Auslegung 125
4.) Konkretisierung des Begriffs des "leitenden Angestellten" 126
a) Vorbemerkung 126
b) Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 BetrVG im System des Betriebsverfassungsgesetzes 129
c) Der Inhalt des Begriffs des "leitenden Angestellten" bei funktionaler Betrachtung 135
d) Der Begriff "Gegnerbezug" und die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Begriff des "leitenden Angestellten" 154
5.) Zusammenfassung 160

Seite

§ 4) Die speziellen Merkmale des § 5 Abs. 3 Nrn. 1 - 3 BetrVG 163

I.) Überblick 163

II.) Die Bedeutung von "Dienststellung und Dienstvertrag" im Einleitungssatz des § 5 Abs. 3 BetrVG 165

1.) Funktion dieser Merkmale 165

2.) Inhalt dieser Merkmale 167

III.) § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG: Die Befugnis zur selbständigen Einstellung und Entlassung 17o

1.) "Einstellungs- und Entlassungsbefugnis" 17o

2.) Die "Selbständigkeit" von Einstellungs- und Entlassungsbefugnis 171

IV.) § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG: "Generalvollmacht oder Prokura" 176

1.) Die "Generalvollmacht" 176

2.) Die "Prokura" 178

V.) Die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG 181

1.) Die Regelung des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG im Unterschied zu § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 181

2.) Die Wahrnehmung von "Aufgaben mit Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs" 182

3.) Die im "wesentlichen eigenverantwortliche" Aufgabenwahrnehmung 186

Seite

4.) Die "regelmäßige" Aufgabenübertragung 188

5.) Die Aufgabenübertragung wegen "besonderer Erfahrungen und Kenntnisse" 189

6.) Der Zusammenhang der einzelnen Merkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG 192

§ 5) Zusammenfassende Schlußbemerkung 194

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Anders, Herbert — Das neue Betriebsverfassungsgesetz aus der Sicht der DAG, BABl 1972, 299

Auffarth, Fritz — Das neue Betriebsverfassungsgesetz, AuR 1972, 33

Ballerstedt, Kurt — Unternehmensrechtliche Probleme des Entwurfs des Mitbestimmungsgesetzes, ZRP 1974, 29o

Bathe, Theodor — Rechte und Pflichten des Betriebsrats, München 1972 (zit: Bathe)

Baumbach - Duden — Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Konrad Duden, 2o., neubearbeitete Aufl., München 1972

Baumbach - Lauterbach - Albers - Hartmann — Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz u.a. Nebengesetzen, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Wolfgang Lauterbach, nunmehr bearb. von Jan Albers und Peter Hartmann, 32. Aufl., München 1974

Becker-Schaffner, R. — Der Begriff des leitenden Angestellten nach dem Betriebsverfassungsrecht, BlStSozArbR 1972, 257

Becker-Schaffner, R.	Zur Frage der Zulässigkeit von Sprecherausschüssen der leitenden Angestellten, BlStSozArbR 1974, 151
Betti, Emilio	Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in: Festschr. f. Rabel, Bd. II, Geschichte der antiken Rechte und allgemeine Rechtslehre, herausgegeben von Wolfgang Kunkel und Hans Julius Wolff, Tübingen 1954, S. 79 (zit.: Betti)
Beuthien, Volker	Anmerkung zum Beschluß des BAG v. 5.3.1974, SAE 1974, 173
Blomeyer, Wolfgang	Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1974, ZfA 1975, 243 ff.
Bobrowski/Gaul,	Das Arbeitsrecht im Betrieb, von der Einstellung bis zur Entlassung, begründet von Paul Bobrowski, weitergeführt von Dieter Gaul, 5., vollst. überarb. Aufl., Heidelberg 1965 (zit.: Bobrowski/Gaul)
Boldt, Gerhard	Die Rechtsstellung des leitenden Angestellten nach dem Betriebsverfassungsgesetz - Zur Abgrenzung des leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG, DB 1972, Beil. Nr. 5 zu Heft 18

Boldt, Gerhard	Zur Abgrenzung des leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG 1972, Rechtsgutachten, ULA - Schriftenreihe Nr. 5, Essen 1972 (zit.: Boldt)
Borgwardt, Jürgen,	Leitende Angestellte und Betriebsverfassung, BB 1972, 1106
Borgwardt/Steffens	Sprecherausschüsse leitender Angestellter, RdA 1973, 70
Brecht, Hans-Theo	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Herne und Berlin 1972 (zit.: Brecht)
Brill, Werner	Übersicht über die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1972, BB 1973, Beil. Nr. 3 zu Heft 8
Broich, Franz	Der leitende Angestellte in der chemischen Industrie, in: Festschr. 50 Jahre Verband Angestellter Akademiker der Chemischen Industrie e.V., Köln 1969, S. 20 (zit.: Broich, in Festschr. VAA)
Bulla, G.-A.	Der leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsrechts, in: Festschr. f. Herschel, Stuttgart 1955, S. 121 (zit.: Bulla, in Festschr. f. Herschel)

Bulla, G.-A.	Vertrauensvolle Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat als Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts (Ein Beitrag zu § 49 BetrVG 1952 und § 55 PersVertrG), RdA 1965, 121
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine Studie über die Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1964 (zit.: Canaris)
Dersch	Der leitende Angestellte, Union 1955, 98
Dietz, Rolf	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 4., neubearb. und erweiterte Aufl., München und Berlin 1967, (zit.: Dietz)
Dietz, Rolf	Rechtsgutachtliche Äußerung zum Betriebsverfassungsgesetz, Union 1952, 144
Dietz/Richardi	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, begründet von Rolf Dietz, neubearbeitet von Reinhard Richardi, 5., Aufl., München 1973 (zit.: Dietz/ Richardi)

Duden — Der große Duden in 9 Bänden, Bd.4, Grammatik der deutschen Gegenwartssprache, bearbeitet v. Grebe unter Mitwirkung von Gipper, Mangold, Mentrup und Winkler, 2., vermehrte und verbesserte Aufl., Mannheim 1966 (zit.: Duden, Grammatik)

Duden — Der große Duden in 10 Bänden, Bd. 7, bearbeitet von Drosdowski, Grebe und weiteren Mitgliedern der Dudenredaktion in Fortführung der "Etymologie der neuhochdeutschen Sprache" von Konrad Duden, Mannheim, Wien, Zürich 1963 (zit.: Duden, Etymologie)

Erdmann, Gerhard — Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952, 2., wesentlich erweiterte Aufl., herausgegeben von Erdmann unter Mitarbeit von Bürger, Ernst-Gerhard Erdmann und Osswald, Neuwied (zit.: Erdmann)

Erdmann/Jürging/Kammann — Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, von Ernst-Gerhard Erdmann, Claus Jürging und Karl-Otto Kammann, Darmstadt 1972 (zit.: Erdmann/Jürging/Kammann)

Etzel, Gerhard — Die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1972, BlStSozArbR 1973, 179

Etzel, Gerhard	Die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1972, Neuwied 1974 (zit.: Etzel)
Fabricius/Kraft/Thiele/ Wiese	Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar von Fritz Fabricius, Wolfgang Thiele, Alfons Kraft und Günter Wiese, Neuwied und Berlin 1973 (zit.: Fabricius/Kraft/ Thiele/Wiese)
Falkenburg, Rolf	Ausgewählte Probleme aus dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, DB 1972, 774
Faßbender, Siegfried	Wer ist "leitender Angestellter", Union 1958, 2o2
Fischer, Ansgar	Die Abgrenzung der leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG, dargestellt am Betriebsleiter und Forscher in der chemischen Industrie, DB 1972, 437
Fischer, Ansgar	Sprecherausschüsse in der chemischen Industrie, DB 1973, 2141
Fitting, Karl	Die Grundzüge des neuen Betriebsverfassungsgesetzes, BABl 1972, 276
Fitting/Auffarth	Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar von Karl Fitting, Fritz Auffarth und Heinz Kaiser, 11., neubearb. Aufl., München 1974 (zit.: Fitting/Auffarth)

Föhr, Horst — Die Abgrenzung der leitenden Angestellten nach dem Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 5.3.1974, DB 1974, 1767

Galperin, Hans — Betriebsverfassungsgesetz und Betriebliche Partnerschaft (Vortrag, gehalten auf einer Verbandausschußsitzung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes am 11. Oktober 1962 in Bad Godesberg anläßlich des 1o. Jahrestages der Verkündigung des BetrVG 1952), RdA 1962, 366

Galperin, Hans — Das Betriebsverfassungsgesetz 1972, Leitfaden für die Praxis, Heidelberg 1972, (zit.: Galperin, Leitfaden)

Galperin, Hans — Führungskräfte brauchen eine eigene Repräsentanz, DLA 1971, Heft 7, S.3

Galperin/Siebert — Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, von Hans Galperin und Wolfgang Siebert, 4., neubearb. und erw. Aufl., Heidelberg 1963 (zit.: Galperin/Siebert)

Gaul, Dieter — Der Arbeitsvertrag mit Führungskräften, ein Leitfaden für die Praxis, 3., überarb. und erweiterte Aufl., München 1973 (zit.: Gaul, Arbeitsvertrag)

Gaul, Dieter	Der leitende Angestellte im Betriebsverfassungsrecht (mit dem Grenzacher Modell), mit Beiträgen von Bartenbach, Sommer, Wistinhausen, Engriser, Gedig und Heinz, München 1975 (zit.: Gaul, Der leitende Angestellte)
Gaul, Dieter	Zur Kennzeichnung der leitenden Angestellten, DB 1961, 271
Geitner, Dirk	Leitende Angestellte in privaten Unternehmen, zusammengestellt von Geitner, herausgegeben v. Ingo von Münch, Berlin, New-York 1974 (zit.: Geitner)
Geitner, Dirk	Zur Zulässigkeit der Gründung von Sprecherausschüssen für leitende Angestellte, DB 1973, 28o
German, O.-A.	Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967 (zit.: German)
Gnade/Kehrmann/Schneider	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, Köln 1972 (zit.: Gnade/Kehrmann/Schneider)
Göbel, Jürgen	Das neue Betriebsverfassungsrecht (III), BlStSozArbR 1972, 45
Grüll, Ferdinand	Die leitenden Angestellten im neuen Betriebsverfassungsrecht, RdA 1972, 171

Grüll, Ferdinand	Leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG, BB 1974, 653
Gumpert, Jobst	Kündigung und Mitbestimmung - Die Änderung kündigungsrechtlicher Vorschriften durch das neue Betriebsverfassungsgesetz, BB 1972, 47
Haberkorn, Kurt	'Leitender Angestellter' nach dem Betriebsverfassungsgesetz, ArbGeb 1962, 154
Halberstadt/Zander	Handbuch des Betriebsverfassungsrechts von Gerhard Halberstadt und Ernst Zander, 2., völlig neubearb. und erweiterte Aufl., Köln-Marienburg 1972 (zit.: Halberstadt/Zander)
Hamann/Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3., völlig neubearb. und erweiterte Aufl., Neuwied und Berlin 1970 (zit.: Hamann/Lenz)
Hanau, Peter	Praktische Fragen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, BB 1972, 499
Hartmann/Bock-Rosenthal/ Helmer	Leitende Angestellte, Selbstverständnis und kollektive Forderungen. Ergebnisse einer empirischen Untersuchung von Heinz Hartmann, Erika Bock-Rosenthal und Elvira Helmer,

	Neuwied und Berlin 1973 (zit.: Hartmann/Bock-Rosenthal/ Helmer)
Herrmann, Harald	Leitende Angestellte im Sinne einer neuen Verfassung des Unternehmens, BB 1974, 934
Hoffmann, Dietrich	Der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts zum Begriff des leitenden Angestellten, NJW 1974, 1161
Hoppe, Günter	Die Rechtsstellung der leitenden Angestellten, BlStSozArbR 1968, 174
Höpp, Gerhard	Der leitende Angestellte nach dem Betriebsverfassungsgesetz, RdA 1960, 174
Hromadka, Wolfgang	Betriebsverfassungsgesetz 72, NJW 1972, 183
Hueck, Alfred	Der leitende Angestellte in der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, BB 1954, 536
Hueck, Alfred	Zum Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des § 4 Abs. 2 c des Betriebsverfassungsgesetzes, Rechtsgutachten, RdA 1953, 441 (= ULA-Schriftenreihe, Heft 1 1954, S. 5)

Hueck/Nipperdey — Lehrbuch des Arbeitsrechts in zwei Bänden
1. Bd. von Alfred Hueck, 7., neubearb. Aufl. Berlin und Frankfurt/M. 1963 (zit.: Hueck/Nipperdey (I))
2. Bd., Kollektives Arbeitsrecht, 1. Halbbd. von Nipperdey, 7. völlig neubearb. Aufl. Berlin und Frankfurt/M. 1966 (zit.: Hueck/Nipperdey (II/1)) 2. Bd., Kollektives Arbeitsrecht, 2. Halbbd. von Nipperdey unter Mitarbeit von Säcker, 7., völlig neubearb. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. (zit.: Hueck/Nipperdey (II/2))

Janert, Wolf-Rüdiger — Leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG, DB 1974, 286

Janert, Wolf-Rüdiger — Dezimierung der leitenden Angestellten durch das BAG?, DB 1974, 1237

Kaskel/Dersch — Arbeitsrecht, begründet von Walter Kaskel, neubearbeitet nach dem Tode Kaskel seit der 4. Aufl. von Herrmann Dersch, 5. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957 (zit.: Kaskel/Dersch)

Kauffmann — Der Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, ArbGeb 1953, 430

Kehrmann/Schneider — Die Betriebsratwahl, BlStSozArbR 1972, 81

Kettner, Hans-Joachim — BetrVG vor dem Kadi, ArbGeb 1972, 319

Klappenbach/Steinitz — Wörterbuch der Deutschen Gegenwartssprache, herausgegeben von Ruth Klappenbach und Wolfgang Steinitz, 3., Bd., bearbeitet von Klappenbach und Malige-Klappenbach sowie Klempke, Berlin 1969 (zit.: Klappenbach/Steinitz)

Kleine, Gisela — in: Handbuch für leitende Angestellte, Bd. I, Teil 1, Soziologie, Heidelberg 1962, (zit.: Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte)

Kleine, Karl-Heinz — Der leitende Angestellte im Betriebsverfassungsgesetz, Union 1952, 154

Koch, Jürgen R. — Wer gilt nach § 4 Abs. 2 c des Betriebsverfassungsgesetzes nicht als Arbeitnehmer?, BB 1953, 265

Die Personalpolitischen Konsequenzen des neuen Betriebsverfassungsgesetzes (ohne Verfasser), herausg. v.: Deutsche Gesellschaft f. Personalführung e.V., Neuwied und Berlin 1972

König — Rechtsproblematik des leitenden Angestellten, DLA 1966, 163 (Vortrag)

Krüger-Vorndamme, Hannelore — Leitende Angestellte des Bergbaus, Selbstverständnis und Interessenlage, Schriftenreihe d. Verbandes der Führungskräfte e.V. Essen 1973 (zit.: Krüger-Vorndamme)

Larenz, Karl — Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2., neubearb. Aufl., Berlin, Heidelberg, New-York 1969, (zit.: Larenz)

Leibholz/Rinck — Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtspr. des Bundesverfassungsgerichts, v.G. Leibholz und H.J. Rinck unter Mitarb. v.H. Wuttke und K. Helberg, 4., überarb. u. erweiterte Aufl., Köln-Marienburg 1971 (zit.: Leibholz/Rinck)

Leitende Angestellte und ihr Selbstverständnis (ohne Verf.), ULA-Schriftenreihe Nr. I-. 3/122. 185

Mager, Günter — Die leitenden Angestellten, ArbGeb 1972, 176

Mayer-Maly, Theo — Gedanken zur Entwicklung der Abgrenzung der leitenden Angestellten, BB 1974, 1124

Meenzen, Hanns — Leitende Angestellte. Die dritte Kraft formiert sich. Stuttgt.1973 (zit.: Meenzen)

Monjau, Herbert — Der leitende Angestellte, DB 1953, Beil. 14

Monjau, Herbert — Der leitende Angestellte im deutschen Arbeitsrecht, DLA 1967, 22

Monjau, Herbert — Der leitende Angestellte im deutschen Arbeitsrecht, Union 1957, 2o2

Monjau, Herbert — Die leitenden Angestellten müssen Initiative ergreifen, ArbuSozPol 1967, 42

Müller, Gerhard — Gedanken zum Entwurf des Mitbestimmungsgesetzes, (I), DB 1975, 2o7; (II), DB 1975, 253

Niedenhoff, Udo — "Leitende" abgrenzen, ArbGeb 1972, 261

Nienhoff — Leitende Angestellte. Das Dilemma des DGB, ArbGeb 1973, 139

Nikisch, Arthur — Arbeitsrecht in 3 Bänden: I. Bd., Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3., erw. und völlig neubearb. Aufl., Tübingen 1961 (zit.: Nikisch)

II. Bd., Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2., erw. und neubearb. Aufl., Tübingen 1959 (zit.: Nikisch II)

III. Bd., Betriebsverfassungsrecht, 2., erw. und völlig neubearb. Aufl., Tübingen 1966 (zit.: Nikisch III)

Nozar, Manfred — Die Abgrenzung der leitenden Angestellten im Betriebsverfassungsgesetz und die Zulässigkeit von Sprecherausschüssen Berlin 1976 (zit.: Nozar)

Packebusch, Ernst — Der leitende Angestellte in seiner arbeitsrechtlichen Sonderstellung, BB 1964, 42

Peupelmann — Der leitende Angestellte nach dem Betriebsverfassungsgesetz, BenbuW 1952, 683

Raatz, Günther — Personalleitung und Betriebsverfassung, Aufgaben und Verfahren nach dem neuen Betriebsverfassungssystem, DB 1972, Beil. 1 zu Heft 1

Reuter/Streckel — Grundfragen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, von Dieter Reuter und Siegmar Streckel, Frankfurt/M. (zit.: Reuter/Streckel)

Rose, Günther	Zum Streit um die Begriffsbestimmung des "leitenden Angestellten" nach § 5 Abs. 3 BetrVG 1972, AuR 1972, 3o9
	Rundschreiben (ohne Verf.) des VOE zur Abgrenzung des leitenden Angestellten vom 28.1.1972 (zit.: VOE Rundschreiben)
Rüthers, Bernd	Rechtsprobleme betrieblicher Sondervertretungen für leitende Angestellte, BB 1972, 11o5
Rüthers, Bernd	Gesetzesanwendung oder Rechtspolitik?, Bemerkungen zum Beschluß des BAG v. 5.3.1974 über die Definition der "leitenden Angestellten" in der Betriebsverfassung, JZ 1974, 625
Rüthers/Stindt	Der Kreis der leitenden Angestellten in der neuen Betriebsverfassung, BB 1972, 973
Ruf, Thomas	Arbeitnehmermitbestimmungsgesetz, Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU, Bonn 1971
Säcker, Franz-Jürgen	Die Rechtsstellung des leitenden Angestellten im kollektiven Arbeitsrecht, BB 1972, 1197
Säcker, Franz-Jürgen	Kassel schuf neue Leerformeln, DLA 1974, Heft 6, S. 21

Schaub, Günther	Der Betriebsrat, Nördlingen 1973, (zit.: Schaub, Der Betriebsrat)
Scheuch, Erwin K.	Die Unklarheiten in der Stellung des leitenden Angestellten, in Festschr. 50 Jahre VAA, (zit.: Scheuch, in Festschr. VAA)
Schinke, Jürgen	Die personellen Angelegenheiten im neuen Betriebsverfassungsgesetz aus rechtlicher und organisatorischer Sicht, Düsseldorf, (zit.: Schinke)
Schlüter, Wilfried	Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des BAG, München 1973
Schlüter, Wilfried	Die Rechtsfolgen mangelnder Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG n.F.), DB 1972, 92 ff., 139 ff.
Schmidt/Bleibtreu/ Klein	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Neuwied und Berlin, (zit.: Schmidt/Bleibtreu/Klein)
Schneider, Wolfgang	Leitende Angestellte in der Betriebsverfassung, Quelle 1972, 216

Schneider, Wolfgang	Das neue Betriebsverfassungsgesetz aus der Sicht des DGB, BABl 1972, 292
Schreiber, Karl	Die leitenden Angestellten im Betriebsverfassungsgesetz, BB 1952, 889
Schütze/Schwaiger/ Röglin	Synopse zum Betriebsverfassungsgesetz, Bonn (ohne Jahr), 2., erweiterte Aufl., (zit.: Schütze/ Schwaiger/Röglin)
Siebert, Gerd	Betriebsverfassungsgesetz '72, vollständiger Wortlaut, kommentiert für die Praxis, 2. Aufl., Frankfurt/M., 1972 (zit.: Siebert)
Söllner, Alfred	Arbeitsrecht, 3., neubearb. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1973 (zit.: Söllner)
Söllner, Alfred	Zur vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsvertretung und Arbeitgeber, DB 1968, 571
Stege/Weinspach	Betriebsverfassungsgesetz 1972, Handbuch für die betriebliche Praxis, von Dieter Stege und F.K. Weinspach (zit.: Stege/ Weinspach)
	Stellungnahme der ULA zur unternehmensbezogenen Mitbestimmung v. 13. Sept. 1973 (ohne Verf.), ULA-Schrift Nr. I-. 3/122. 18o

Stephan, Günther — Führungskräfte aus der Sicht der Gewerkschaften, Mitbestimmungsgespräch 1972, 217

Steinmann, Georg — Zum Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des § 4 Abs. 2 c Betriebsverfassungsgesetz, BABl 1953, 399

Sturzenhecker, Jerner — Der leitende Angestellte in Theorie und Praxis - Eine Studie zum Begriff des leitenden Angestellten, wirtsch.-wissenschaftl. Diss. Münster 1965 (zit.: Sturzenhecker)

Totschek — Der Begriff des leitenden Angestellten, Diss. Leipzig 1932 (zit.: Totschek)

Trinkhaus, Hans — Aktuelle Probleme des Rechts der leitenden Angestellten (im weitesten Sinne), DB 1968, 1956 und 1833

Trinkhaus, Hans — Der leitende Angestellte, AR-Blattei, Forkel Verlag, Angestellter II, Leitende Angestellte, B II

Vester, Klaus — Der leitende Angestellte aus eigener Sicht, in: Festschr. 50 Jahre Verband Angestellter Akademiker der Chemischen Industrie e.V. (S. 26, Köln 1969 (zit.: Vester, in Festschr. VAA)

Vester, Klaus	Die Nivellierung der leitenden Angestellten in Industrie und Gesellschaft, DLA 1968, 62
Voll, Ludwig	Leitende Angestellte. Zum Beschluß des BAG, ArbGeb 1974, 5oo
Wahrig, Gerhard	Deutsches Wörterbuch, herausgegeben in Zusammenarbeit mit zahlreichen Wissenschaftlern und anderen Fachleuten, mit einem "Lexikon der deutschen Sprache", Gütersloh 1968 (zit.: Wahrig
Waechter, Heinz.	Rechtsstellung der leitenden Angestellten, DB 1951, 25o
Weiß, Albrecht	Die leitenden Angestellten, Union 1958, 62
Wendel	Der leitende Angestellte nach § 4 Abs. 2 c BetrVG, BetrR 1957, 243
Weyrich	Wirtschaftsprüfer - Prokuristen als leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, BB 1953, 354
Wiedemann, Herbert	Die "arbeitgeberähnlichen" leitenden Angestellten im Betriebsverfassungsgesetz, RdA 1972, 21o

Wiegand, Dietrich	Der leitende Angestellte als Arbeitnehmer, Freiburg i.B., 1972 (zit.: Wiegand)
Wisskirchen, Alfred	Das neue Betriebsverfassungsgesetz aus der Sicht der Arbeitgeber, BABl 1972, 288
Witte/Bronner	Motive zur Abgrenzung der leitenden Angestellten, DB 1974, 1863
Witte/Bronner	Zur Abgrenzung der leitenden Angestellten, Ergebnisse einer Felduntersuchung, DB 1974, 1233
Wittholz, Joachim	Wer gilt nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes?, AuR 1953, 111
Wlotzke, Otfried	Die Mitbestimmungskonzeption der Bundesregierung, AuR 1974, 225
Zöllner, Wolfgang	Zur Abgrenzung der leitenden Angestellten im Sinne des Betriebsverfassungsrechts, dargelegt am Beispiel der angestellten Wirtschaftsprüfer, in: Festschr. für Rolf Dietz, herausgegeben von Hueck, Götz und Richardi, München 1973, S. 377 (zit.: Zöllner, in Festschr. f. Dietz)

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 2o. Januar 1934
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, zitiert mit der Nr. der Entscheidung entsprechend der Gestaltung in der Loseblattausgabe
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGeb	Der Arbeitgeber, Zeitschrift der Bundesvereinigung der Arbeitgeber, Düsseldorf
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei (Forkel Verlag), Stuttgart
ArbuSozPol	Arbeit und Sozialpolitik, Baden-Baden
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis, herausgegeben vom Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes
AVAVG	Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	Arbeitszeitordnung
BABl	Bundesarbeitsblatt, Herausgeber: Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Stuttgart, Berlin, Mainz und Köln
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Berlin
BB	Der Betriebsberater, Berlin
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Beil.	Beilage

BergbuW	Bergbau und Wirtschaft, Informationsblatt der IG Bergbau und Energie, Bochum
BetrR	Der Betriebsrat, Mitteilungen für Betriebsräte der IG Chemie - Papier - Keramik, Hannover
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz v. 11. Oktober 1952
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, Neuwied/Rhein
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BRG 192o	Betriebsrätegesetz v. 4. Februar 192o
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CB	Bund der Ingenieure in Anwendungs- und Verfahrenstechnik der deutschen Farbenfabriken e.V. - Coloristenbund -
DAG	Deutsche Angestelltengewerkschaft
DB	Der Betrieb, Düsseldorf
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DLA	Der leitende Angestellte, Monatsschrift der ULA, Essen (bis 1958: "Union")
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949
GewMH	Gewerkschaftliche Monatshefte, herausgegeben vom Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Köln
GewO	Gewerbeordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
KRG	Kontrollratsgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz

LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	litera (Buchstabe)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin bzw. Frankfurt/M.
PersVertrG	Personalvertretungsgesetz
Quelle	Die Quelle, Funktionärszeitschrift des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Köln
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, München
RegEntw	Regierungsentwurf
RGBl	Reichsgesetzblatt
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, Düsseldorf
SGG	Sozialgerichtsgesetz
ULA	Union leitender Angestellter
Union	Die Union, Monatsschrift der ULA, Essen (ab 1959: DLA)
VAA	Verband angestellter Akademiker der chemischen Industrie e.V.
VDDI	Verband deutscher Diplom-Ingenieure e.V. -Sparte Privatangestellte-
VdF	Verband der Führungskräfte in Bergbau, Mineralölindustrie und Kraftwirtschaft e.V.
VDL	Verband deutscher Diplom-Landwirte e.V. - Sparte Privatangestellte -
VELA	Vereinigung leitender Angestellter
VFME	Verband der Führungskräfte der Metall- und Elektroindustrie e.V.
VO	Verordnung
VOE	Verband oberer Angestellter der Eisen- und Stahlindustrie e.V.
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

§ 1) Problematik und Abgrenzung

I.) Rechtliche Tragweite des § 5 Abs. 3 BetrVG

§ 5 BetrVG beschreibt in Verbindung mit § 6 BetrVG den Kreis der Personen auf der Arbeitnehmerseite, auf den das Betriebsverfassungsgesetz anzuwenden ist. Der Arbeitnehmerbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes ist dabei aber nicht identisch mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff [1], sondern der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist wesentlich enger [2]. Denn vom Grundsatz des § 5 Abs. 1 BetrVG, wonach "Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten" sind, machen die Absätze 2 und 3 des § 5 BetrVG Ausnahmen.

Im Absatz 2 des § 5 BetrVG wird die Fiktion aufgestellt, daß einige Personen nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes anzusehen sind. § 5 Abs. 2 Nrn. 1, 2 und 4 haben aber insofern nur deklaratorischen Charakter, als die von den Nummern 1 und 2 beschriebenen Personen sich nicht in abhängiger Stellung befinden, und die in Nr. 4 beschriebenen Personen nicht Arbeitnehmer im Sinne des Individualarbeitsrechts sind. [3]

---

1) vgl. zu diesem Begriff z.B. Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 5 und 6

2) vgl. z.B. Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1 und 64; Fitting/Auffath, § 5 Rdn. 1; vgl. auch BAG, Beschl. v. 29. März 1974 (1 ABR 27/73)

3) § 5 Abs. 2 BetrVG lautet:
(2) Als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht:

(Forts. nächste Seite)

Während gemäß der Fiktion des § 5 Abs. 2 BetrVG bestimmte Personen nicht als Arbeitnehmer gelten, nimmt § 5 Abs. 3 BetrVG bestimmte Personen von den Wirkungen des Betriebsverfassungsgesetzes aus, ohne ihnen aber ihre Arbeitnehmereigenschaft oder Arbeitnehmerstellung abzusprechen.

§ 5 Abs. 3 BetrVG lautet:

"Dieses Gesetz findet, soweit in ihm nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, keine Anwendung auf leitende Angestellte, wenn sie nach Dienststellung und Dienstvertrag

1. zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind, oder
2. Generalvollmacht oder Prokura haben, oder
3. im wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahrnehmen, die ihnen regelmäßig wegen deren Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden".

(Forts. v. Seite 29)

1. in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist;
2. die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder die Mitglieder einer anderen Personengesamtheit, soweit sie durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit oder zur Geschäftsführung berufen sind;
3. Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient, sondern vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt ist;
4. Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient und die vorwiegend zu ihrer Heilung, Wiedereingewöhnung, sittlichen Besserung oder Erziehung beschäftigt sind;

(Forts. nächste Seite)

Diese in § 5 Abs. 3 BetrVG umschriebenen Personen sind also die "leitenden Angestellten".

§ 5 Abs. 3 BetrVG ist an die Stelle des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 getreten [4], § 5 Abs. 3 BetrVG 1972 ist nur teilweise anders gefaßt als die alte Bestimmung von 1952 [5].

Auffallend an der Neuregelung des § 5 Abs. 3 BetrVG ist zunächst, daß die leitenden Angestellten nicht mehr als Nichtarbeitnehmer gelten, sondern daß ihr Angestelltenstatus nunmehr anerkannt ist, sie also Arbeitnehmer sind, für die aber das Betriebsverfassungsgesetz praktisch nicht gilt. Während weiterhin die Nummern 1 und 2 des § 5 Abs. 3 BetrVG fast wörtlich dem § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 entnommen sind, ist die Nummer 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG gegenüber der dritten Möglichkeit des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 anders formuliert. Früher stand hier die "Angestelltenversicherungsfreiheit" als

---

(Forts. v. Seite 30)

5. der Ehegatte, Verwandte oder Verschwägerte ersten Grades, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Arbeitgeber leben.

4) § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 lautete:
(2) Als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht:
c) die leitenden Angestellten, wenn sie zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind, oder wenn ihnen Generalvollmacht oder Prokura erteilt ist, oder wenn sie nicht angestelltenversicherungspflichtig sind und Aufgaben wahrnehmen, die regelmäßig wegen ihrer Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs nur auf Grund besonderen persönlichen Vertrauens des Arbeitgebers bestimmten Personen im Hinblick auf deren besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden.

5) vgl. Stephan, Mitbestimmungsgespräch 1972, 218

erste Voraussetzung. Die weitere Formulierung stellte dann wegen des Merkmals "auf Grund besonderen persönlichen Vertrauens des Arbeitgebers" auf ein subjektives Moment ab. Dieses subjektive Kriterium der dritten Möglichkeit des früheren § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 hat der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes von 1972 bewußt abgeschafft. Er hat statt dessen "objektivere, funktionsbezogenere, leichter feststellbare Kriterien" [6] benutzt und im § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG das Merkmal des "besonderen persönlichen Vertrauens" mit dem der "Eigenverantwortlichkeit" vertauscht. Seine Absicht, die Bestimmung über den "leitenden Angestellten" insgesamt objektiver zu fassen, hat der Gesetzgeber auch noch durch das vor den speziellen Merkmalen der Nummern 1 bis 3 stehende und für alle geltende Kriterium "nach Dienststellung und Dienstvertrag" deutlich gemacht [7]. Der frühere § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 enthielt keine derartige Formulierung.

Die Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG hat zur Folge, daß ein Teil der Arbeitnehmerschaft [8] außerhalb des Systems des Betriebsverfassungsgesetzes gestellt ist,

---

6) Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 258; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 117; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 11; Boldt, S. 23; Witte/Bronner, DB 1974, 1233; Grüll, RdA 1972, 171; Sommer bei Gaul, Der leitende Angestellte, S. 18; auch Gaul, Der leitende Angestellte, S. 26; so auch ausdrücklich der Abgeordnete Buschfort (SPD) in seinen mündlichen Ausführungen als Berichterstatter bei der zweiten Lesung im Bundestag, s. Protokolle des Deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode, 15o. Sitzung v. 1o. November 1971, S. 8588; Nozar, S. 139;

7) Boldt, S. 3o

8) zur Arbeitnehmerstellung der leitenden Angestellten: Grüll, RdA 1972, 171; Borgwardt, BB 1971, 11o6; Rüthers, BB 1972, 11o5

das eine auf dem Gedanken der "Partnerschaft" [9] oder der "vertrauensvollen Zusammenarbeit" [10] "konfliktheimmende Friedensordnung" [11] darstellt und sowohl einen Schutz der Arbeitnehmer als auch die betriebliche Demokratie gewährleisten soll [12].

Wegen der Regelung des § 5 Abs. 3 BetrVG haben die leitenden Angestellten zunächst weder das aktive (§ 7 BetrVG) noch das passive (§ 8 BetrVG) Wahlrecht zum Betriebsrat [13].
Sie können daher nicht in den Betriebsratsgremien mitarbeiten und haben nur das Recht, an den Betriebsversammlungen (§ 42 BetrVG) als Vertreter des Arbeitgebers teilzunehmen, nicht aber als Vertreter der Arbeitnehmer. Der Betriebsrat ist weder berechtigt [14] noch verpflichtet, die Interessen der leitenden Angestellten wahrzunehmen. Die leitenden Angestellten haben auch keine sonstige eigene Interessenvertretung im Rahmen der Betriebsverfassung. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen [15], "Sprecherausschüsse" entsprechend dem Entwurf der CDU/CSU-Fraktion [16] zu bilden.

---

9) Galperin, RdA 1962, 366; Bulla, RdA 1965, 121; Söllner, DB 1968, 571; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 123: "Die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung ist auf der partnerschaftlichen Polarität von Arbeitgeber und Belegschaft im betrieblichen Spannungsverhältnis auf sozialer Gegebenheit aufgebaut";

10) vgl. BR-Drucks. 715/70, S. 33

11) Borgwardt, BB 1971, 1107

12) Hueck/Nipperdey (II/2), S. 1062; Fitting, BABl 1972, 278; BAG NJW 1974, 967

13) vgl. Galperin, Leitfaden, S. 19

14) Boldt, S. 34

(Forts. nächste Seite)

Somit erstreckt sich zunächst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in "personellen Angelegenheiten" nicht auf die leitenden Angestellten, die §§ 99 ff. BetrVG sind auf sie nicht anwendbar [17]. Zwar ist eine beabsichtigte Einstellung oder eine personelle Veränderung eines leitenden Angestellten (Beförderung oder Versetzung [18]) dem Betriebsrat rechtzeitig mitzuteilen (§ 105 BetrVG), aber der Arbeitgeber bleibt in seiner Entscheidung frei; ein eventueller Rat oder Vorschlag des Betriebsrats in diesem Zusammenhang ist für den Arbeitgeber nicht bindend. Bei Kündigungen von leitenden Angestellten hat der Betriebsrat kein Anhörungsrecht, während gemäß § 102 BetrVG eine Anhörung für Kündigungen der übrigen Arbeitnehmer Wirksamkeitsvoraussetzung ist [19].

(Forts. v. Seite 33)

15) vgl. Ausschußbericht, zu BT-Drucks. VI/2729, S.12; s. auch Geitner, S. 9; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1974, 151;

16) BT-Drucks. VI/1806. In den §§ 98 - 105 sah dieser Entwurf Sprecherausschüsse für leitende Angestellte vor; s. auch Ruf, S. 72 ff.; die wesentlichen Vorschriften dieses Entwurfs sind auch abgedruckt bei Rüthers, BB 1972, 1106 und bei Geitner, S. 73 f.; allgemein zum Problem "Sprecherausschüsse" Meenzen, S. 30, 71 ff.; zum Problem der Zulässigkeit der Sprecherausschüsse: bejahend z.B. Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 5 Rdn. 48; Boldt, DB 1972, Beil.2 zu Heft 18; Kettner, ArbGeb 1972, 319; Mager, ArbGeb 1972, 176 ff.; Säcker, BB 1972, 1197 ff.; Rüthers, BB 1972, 1105; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1974, 151 ff.; Dietz/Richardi, § 5 Rdn.127 f.; Geitner, DB 1973, 283; Föhr, DB 1975, 140; verneinend z.B.: Falkenburg, DB 1972, 774; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 5 Rdn. 8

17) vgl. Föhr, DB 1974, 1767

18) vgl. Boldt, S. 34; Grüll, RdA 1972, 176; Gumpert, BB 1972, 51; weitergehend: Die Personalpolitischen Konsequenzen des neuen Betriebsverfassungsgesetzes, S. 17;

19) vgl. Schinke, S. 14

Ebenso sind die leitenden Angestellten weder durch den Betriebsrat noch durch eine sonstige Interessenvertretung an der Mitbestimmung in "sozialen Angelegenheiten" beteiligt [2o]. Dagegen können die leitenden Angestellten - als Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtgeltung des Betriebsverfassungsgesetzes - in gewissem Umfang an der Mitbestimmung in "wirtschaftlichen Angelegenheiten" beteiligt werden: Gemäß § 1o7 Abs. 1 Satz 2 BetrVG können sie vom Betriebsrat zu Mitgliedern des Wirtschaftsausschusses "bestimmt" [21] werden, und sie können vom Arbeitgeber als Sachverständige zum Wirtschaftsausschuß hinzugezogen werden.

Dagegen sind die leitenden Angestellten weder unmittelbar noch -wie die übrigen Arbeitnehmer- mittelbar an der Mitbestimmung bei Betriebsänderungen (§ 111 BetrVG) beteiligt.

Die leitenden Angestellten werden auch nicht mitgerechnet, wenn der Gesetzgeber die Anwendung einer betriebsverfassungsrechtlichen Norm vom Vorhandensein einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern abhängig macht. Die leitenden Angestellten werden daher nicht berücksichtigt bei den Fragen, ob ein betriebsratspflichtiger Betrieb (§ 1 BetrVG) gegeben ist, in welcher Stärke ein Betriebsrat zu errichten ist (§ 9 BetrVG) und wieviel Arbeitnehmer für den Betriebsrat freizustellen sind (§ 38 BetrVG), ob ein Wirtschaftsausschuß zu bilden ist (§ 1o6 BetrVG) und ob überhaupt ein Mitbestimmungsrecht bei Betriebsänderungen (§ 111 BetrVG) gegeben ist.

2o) s. dazu Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 393

21) Boldt, S. 35

Durch die Regelung des § 5 Abs. 3 BetrVG hat der Gesetzgeber den Standort der leitenden Angestellten in der Betriebsverfassung bestimmt und so "Einfluß auf Gesellschaft und Unternehmen verteilt" [22]. So klar aber, wie der Gesetzgeber die Rechte und die Position der leitenden Angestellten festgelegt hat, so unklar hat er den Inhalt des Begriffs des "leitenden Angestellten" gelassen.

Der Inhalt dieses Begriffs ist seit seiner Existenz umstritten [23] und unbestimmt [24], wenn er auch einem "unbefangenen Betrachter" zunächst unproblematisch und klar zu sein scheint [25].

Es gibt zwar eine Vielzahl von Stellungnahmen zur Abgrenzung und teils auch Definitionen [26], hierbei handelt es sich aber überwiegend um soziologische und betriebswirtschaftliche Abgrenzungen [27] und um

---

22) Rüthers, JZ 1974, 625; ähnlich wohl auch Geitner, S. 7

23) Kleine, Gisela, in Handbuch für leitende Angestellte, S. 13

24) Dahrendorf, zitiert in DAG-Schriftenreihe Nr. 6, 1970, S. 9, hält eine Abgrenzung des Begriffs des "leitenden Angestellten" für unmöglich: "Die Grenze gegenüber anderen Angestellten ist fliessend; sie exakt ziehen zu wollen, bliebe in jedem Falle ein analytischer Gewaltakt (Anm. des Verfassers: es ist aber zu beachten, daß es sich hierbei um eine ausschließlich soziologische Aussage handelt);

25) Sturzenhecker, S. 5

26) viel Beachtung gefunden hat die Definition der VELA, zit. u.a. bei Totschek, S. 36 und bei Dersch, Union 1955, 99 ff.:
"Leitende Angestellte sind die Arbeitnehmer, die unter persönlicher Verantwortung für eigene Arbeit

(Forts. nächste Seite)

interessenpolitische Stellungnahmen [28] seitens der verschiedenen Verbände der leitenden Angestellten und der sonstigen Interessensverbände. Daraus folgt die Bandbreite der Abgrenzungen: [29] von einer restriktiven [30] bis hin zu einer sehr weiten [31] Begriffsbestimmung wird alles vertreten [32].

(Forts. von S. 36)

und die Arbeit unterstellter Arbeitnehmer auf Grund besonderer geistiger Befähigung und besonderer beruflicher Ausbildung eine in der Hauptsache von eigenem Entschluß und selbständigem Urteil abhängige, leitende, anweisende, planmäßig entwerfende oder wissenschaftlich prüfende Tätigkeit ausüben, aber auf Grund des Angestelltenverhältnisses kein Verfügungsrecht hinsichtlich der Produktionsmittel und der Verteilung der Produktionsergebnisse der anstellenden Unternehmen haben".
Weitere Definitionen sind z.B. aufgestellt worden von Bulla, in Festschr. für Herschel, S. 14o; Wendel, BetrR 1957, 25o (ähnlich wie Bulla); König anläßlich einer Pressekonferenz des Bundesarbeitsgerichts, abgedruckt in DLA 1966, 163; Packebusch, BB 1964, 45;

27) vgl. zur Brauchbarkeit der Abgrenzungen der Betriebswirtschaftslehre und der Soziologie Wiedemann, RdA 1972, 214; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 387; Rose, AuR 1972, 315; zu den Abgrenzungen in der Betriebswirtschaftslehre und Soziologie z.B. Sturzenhecker, S. 15 ff., 75 ff. m.w.N.;

28) vgl. dazu Föhr, DB 1974, 1767;

29) daß die verschiedenen Interessen auch verschiedene Abgrenzungen zur Folge haben, sagt auch z.B. Faßbender, Union 1958, 2o2;

3o) so will der DGB praktisch nur den "Repräsentanten des Unternehmers" als leitenden Angestellten ansehen, vgl. Schneider, Quelle, 1972, 217; dort verweist Schneider auf ein Urteil des BGH (das teilweise abgedruckt ist in BB 1956, 577 ff.), das aber keine betriebsverfassungsrechtliche Relevanz hatte, wie Schneider selbst feststellen

(Forts. nächste Seite)

Die Beratungen über das neue Betriebsverfassungsgesetz von 1972 haben die Diskussion um den Kreis der leitenden Angestellten in besonderem Maße angeregt. Denn erst während dieser Beratungen wurde vielen -insbesondere den einzelnen Interessenverbänden- [33] bewußt, daß die Standortbestimmung der leitenden Angestellten Machtverteilung in der Betriebsverfassung bedeutet, und daß somit die Bestimmung des Personenkreises der leitenden Angestellten eine bedeutende Rolle spielt für die Personalpolitik der Unternehmen und Betriebe.

Ein enger Begriff des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG hätte zur Folge, daß fast alle Arbeitnehmer eines Betriebs vom Betriebsrat repräsentiert würden; nur einige wenige Angestellte würden nicht vom Betriebsrat vertreten, sondern befänden sich in einer Position, auf die sich die Schutzwirkungen des Betriebsverfassungsgesetzes nicht erstrecken. Die Personalentscheidungen des Arbeitgebers auch hinsichtlich der Führungskräfte unterlägen bis auf wenige Ausnahmen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dadurch, daß

(Forts. von S. 37)

mußte. Gegen die Anwendung des zitierten BGH-Urteils auch ArbG Frankfurt/M., Beschl. v. 16. November 1972 (5 BV 2/72);

31) häufig läßt man hohe Qualifikation ausreichen, um den Begriff des "leitenden Angestellten" zu bejahen, z.B. früher schon Waechter, DB 1951, 250; ders., AuR 1953, 113; auch die heutige Praxis hält oft "hohe Qualifikation" und "leitender Angestellter" für synonym, vgl. dazu Scheuch, in Festschr. 50 Jahre VAA, S. 36;

32) zu den Auslegungsschwierigkeiten z.B. Witte/Bronner, DB 1974, 1863;

33) vgl. Rüthers/Stindt, BB 1972, 973; Rüthers, JZ 1974, 625; auch Meenzen, S. 64 ff.;

der Betriebsrat -und auch die im Betrieb vertretene Gewerkschaft- die Interessen fast aller Arbeitnehmer vertreten und wahrnehmen würden, würde auch die oft behauptete Notwendigkeit einer gesetzlich angeordneten Sondervertretung der leitenden Angestellten [34] entfallen [35].

Dagegen wäre bei einem weiten Begriff des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG ein grösserer Kreis von Angestellten dem vom Betriebsrat nicht kontrollierbaren oder beeinflußbaren Entscheidungsbereich -insbesondere personellen Entscheidungsbereich- des Arbeitgebers unterstellt [36]. Der Betriebsrat müßte, mit Ausnahme im Wirtschaftsausschuß, (§ 107 BetrVG), auf das Fachwissen und den Rat vieler Angestellter verzichten, und es würde sich, wegen der großen Zahl der leitenden Angestellten, das Problem einer gesetzlich angeordneten Sondervertretung der leitenden Angestellten stellen.

Die Abgrenzung des Begriffs des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG hat aber derzeit nicht nur betriebsverfassungsrechtliche Bedeutung, sondern auch unternehmensverfassungsrechtliche [37], das heißt, Bedeutung hinsichtlich der Mitbestimmung in den Aufsichtsräten der Großunternehmen einschließlich der Großunternehmen in der Montanindustrie [38].

---

34) z.B. Borgwardt, BB 1971, 1107; Rüthers, BB 1972, 1107; Geitner, DB 1973, 2800; Borgwardt/Steffen, RdA 1973, 70; Föhr BB 1970, 140; Gaul, Der leitende Angestellte, S. 52 ff.; vgl. auch BAG DB 1975, 404

35) Beuthien, SAE 1974, 173

36) ähnlich Beuthien, SAE 1974, 173; Borgwardt, BB 1971, 1106

(Forts. nächste Seite)

In dem bis zum 3o. Juni 1976 geltenden Mitbestimmungsrecht, das den leitenden Angestellten keine eigenen Sitze im Aufsichtsrat zuwies, hätte ein enger Begriff des "leitenden Angestellten" zur Folge gehabt, daß die weitaus meisten Angestellten gemäß § 6 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit §§ 76 ff. BetrVG 1952 -die gemäß § 129 BetrVG teilweise weitergelten- (und für die Montanmitbestimmung dazu noch in Verbindung mit §§ 1 - 6 MitbestG) [39] ein Wahlrecht zum Aufsichtsrat gehabt hätten und von den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat repräsentiert worden wären [4o].
Ein weiter Begriff dagegen hätte die personelle und damit auch sachverständige Basis der Arbeitnehmerschaft in der unternehmensrechtlichen Mitbestimmung geschmälert und hätte einen großen Teil der Angestellten unrepräsentiert gelassen.

Die Bedeutung der Abgrenzung des Kreises der leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG ist auch im Rahmen des am 18. März 1976 verabschiedeten und seit dem 1. Juli 1976 geltenden Mitbestimmungsgesetzes [41] nicht geringer geworden, sondern eher größer [42].
Nachdem die Vertretung der leitenden Angestellten jahrelang ein stark umstrittenes Thema in der

---

(Forts. von S. 39)

37) vgl. z.B. Mayer-Maly, BB 1974, 1124; Föhr, DB 1974, 1767

38) s. dazu § 1 Abs. 2 MitbestG 1951 (Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen- und Stahl erzeugenden Industrie, BGBl 1951, I, S. 347;

39) s. die Übersicht bei Geitner, S. 151

4o) Beuthien, SAE 1974, 173

41) BGBl 1976 I, S. 1153

42) vgl. Witte/Bronner, DB 1974, 1233

Diskussion um die Neugliederung der paritätischen Mitbestimmung war [43], ist eine institutionelle Repräsentation der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat nunmehr gesetzlich fixiert [44]. Zur Festlegung des Kreises der leitenden Angestellten im Sinne des Mitbestimmungsgesetzes knüpft § 3 Abs. 3 Nr. 2 MitbestG an die betriebsverfassungsrechtliche Bestimmung des § 5 Abs. 3 BetrVG an; diese Verweisung entspricht allen früheren Entwürfen und Modellen, die einen Vorschlag zur Begriffsbestimmung des "leitenden Angestellten" im Sinne des Mitbestimmungsrechts gemacht hatten [45].

---

43) Hoffmann, NJW 1974, 1161; s. auch Wlotzke, AuR 1974, 225 (235 ff.) zu den verschiedenen Entwürfen und Modellen z.B. Meenzen, S. 151 ff.;

44) vgl. § 11 MitbestG; s. auch Rüthers, JZ 1974, 625: "Im Kompromiß der Regierungskoalition zur paritätischen Mitbestimmung gehört es zur 'Geschäftsgrundlage', daß die leitenden Angestellten im Aufsichtsrat vertreten sind";

45) Herrmann, BB 1974, 938

II.) Abgrenzung des Themas und Gang der Untersuchung

Mit der vorliegenden Untersuchung soll der Begriff des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG näher umrissen werden.

Entsprechend dieser Aufgabenstellung wird nicht auch der Begriff des "leitenden Angestellten" in anderen Gesetzen zu interpretieren sein. Nur soweit andere gesetzliche Regelungen, die Sonderbestimmungen für leitende Angestellte enthalten, zur Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG beitragen können, wird eine Auseinandersetzung mit jenen erforderlich.

Das Thema "der Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG" schließt weiterhin eine Erörterung der Probleme der "Sondervertretung der leitenden Angestellten durch Sprecherausschüsse" [1] der "paritätischen Mitbestimmung" und der Frage aus, ob der Gesetzgeber des Mitbestimmungsgesetzes [2] gut beraten war, an den betriebsverfassungsrechtlichen Begriff des "leitenden Angestellten" anzuknüpfen [3].

Die Untersuchung wird folgenden Gang nehmen:

Zuerst ist ein Überblick über den Stand der Meinungen zu den Auslegungsfragen des § 5 Abs. 3 BetrVG zu geben. Anschließend ist der Begriff des "leitenden Angestellten" durch "Rekonstruktion des Gedankens, der im

---

1) das BAG hält solche Sprecherausschüsse für legal, vgl. BAG DB 1975, 404; umfassend zum Problem der Zulässigkeit der Sprecherausschüsse Nozar, S. 161 ff., der auch für die Zulässigkeit dieser Ausschüsse eintritt.

2) BGBl 1976 I, S. 1153

(Forts. nächste Seite)

Gesetz ausgesprochen wird, sofern er aus dem Gesetz erkennbar wird" [4], also durch Auslegung zu ermitteln.

Der Übersichtlichkeit wegen sind erst zum Schluß die speziellen Tatbestandsmerkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG zu erörtern.

(Fortsetzung v. Seite 42)

3) ablehnend z.B. Herrmann, BB 1974, 938; Ballerstedt, ZRP 1974, 293; zustimmend wohl Nozar, S. 215 f.; allgemein dazu Müller, DB 1975, 253

4) Larenz, Methodenlehre, S. 1o (hier im Anschluß an die Methodenlehre Savigny's)

§ 2) Meinungsstand zur Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG

I.) Zu den Deutungsmöglichkeiten des § 5 Abs. 3 BetrVG

1.) Die verschiedenen Ansichten

Stark umstritten bei der Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG ist schon die Frage nach der Konzeption des Gesetzes.

Wegen der -insofern mit § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 identischen- Formulierung, das Gesetz finde keine Anwendung auf "leitende Angestellte, wenn sie" die in § 5 Abs. 3 BetrVG genannten Merkmale aufweisen, wird § 5 Abs. 3 BetrVG einerseits dahingehend interpretiert, daß ein Begriff "leitender Angestellter" als Oberbegriff vorgegeben ist [1]. Danach verlangt also das Gesetz, daß der Angestellte "leitender Angestellter" ist und kumulativ die weiteren Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllt; es sind dann

---

1) z.B. Apel, BB 1970, 1147; Bathe, S. 23 f.; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 258; Boldt, S. 15; ders., DB 1972, Beil. Nr. 5 zu Heft 18; Brecht, § 5 Rdn. 20; Bulla, in Festschr. für Herschel, S. 127; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 21; ebenso die Vorauflagen, z.B. 10. Aufl., § 5 Rdn. 21; 9. Aufl., § 4 Rdn. 13 a; Föhr, DB 1974, 1167; Galperin/Siebert, § 5 Rdn. 20; Gaul, Arbeitsvertrag, S. 38; Geitner, S. 8; Halberstadt/Zander, Rdn. 135; Hartmann/Bock-Rosenthal/Helmer, S. 27; Höcker, BB 1953, 682; grds. auch Höpp, RdA 1960, 180 ff.; Kauffmann, ArbGeb 1953, 431; Kehrmann/Schneider. BlStSozArbR 1972, 82; Koch, BB 1953, 265; Nozar, S. 44 ff; S. 160, 639; Raatz, DB 1972, Beil. 1 zu Heft 1; S. 2; Rose, AuR 1972, 314 f.; Rüthers/Stindt, BB 1972, 974 ff. m.w.N.; Schaub, Der Betriebsrat, S. 31; Schneider,

(Forts. nächste Seite)

sowohl der im Gesetz nicht definierte Begriff "leitender Angestellter" als auch die weiteren Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG zu erläutern.

Andererseits wird § 5 Abs. 3 BetrVG dahingehend interpretiert, daß das Gesetz den Begriff des "leitenden Angestellten" für seinen Betrieb selbständig und abschließend umschrieben hat, also eine abschließende Legaldefinition enthält [2]. In diesem Fall braucht also ein Angestellter, der ein Merkmal der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllt, nicht noch zusätzlich "leitender Angestellter" im Sinne eines dem Gesetz vorgegebenen Oberbegriffs zu sein.

(Forts. v. Seite 44)

Quelle, 1972, 216 ; Steinmann, BABl 1953, 401; Trinkhaus, DB 1968, 1813; ders., AR-Blattei, Angestellter II, Leitende Angestellte, B, II; Wendel, del. AuR 1953, 112, BAG AP Nr. 4 zu § 4 BetrVG 52, BAGE 16, 18; BAGE 11, 238; LAG Düsseldorf,DB 1973, 576; LAG Hamm, Beschl. v. 28. Mai 1973; BAG, Beschluß v. 5. März 1974 = DB 1974, 826 = JZ 1974, 647 = NJW 1974, 965; BAG DB 1975, 405; BAG DB 1975, 59;

2) z.B. Beuthien, SAE 1974, 175; Dersch, Union 1955, 99; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 102; auch schon Dietz, § 4 Rdn. 58 c; Dietz, Union 1952, 145 (Dietz gilt als einer der Hauptvertreter dieser Meinung); Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 10; Erdmann, § 4 Anm. 5; Göbel, BlStSozArbR 1972, 48; Grüll, RdA 1972, 171 f.; Hoffmann, NJW 1974, 1161; wohl auch Hromadka, NJW 1972, 184; Janert, DB 1974, 286 ff.; König, DLA 1966, 164 ff.; Meenzen, S. 68; Monjau, DB 1953, Beil. 14; ders., Union 1957, 202; ders., ArbuSoz-Pol 1967, 42; Neumann-Duesberg, S. 154; Nikisch (III), S. 64; Schreiber, BB 1952, 889;

Im Rahmen dieses Meinungsstreits sind noch zwei weitere Thesen anzutreffen:

So wird zunächst die Meinung vertreten, daß jeder Angestellte, der ein spezielles Merkmal der Nummern 1 - 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllt, auch immer "leitender Angestellter" im Sinne eines vorgegebenen Oberbegriffs sei [3].

Weiterhin vertreten einige Autoren [4] die Ansicht, daß die Nummer 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG eine "Generalklausel" oder einen "Auffangtatbestand" für den allgemeinen Begriff des "leitenden Angestellten" darstelle. § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG sei der "allumfassende Tatbestand", auf den im Zweifelsfalle zurückzugreifen oder abzustellen sei. Jeder, der die Merkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG aufweise, sei sowohl "leitender Angestellter" im Sinne eines vorgegebenen Oberbegriffs als auch im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG.

---

3) so z.B. Boldt, S. 15; Bulla, in Festschr. für Herschel, S. 133 (allerdings will Bulla dies nur für den "Regelfall" anerkennen); Dersch, AR-Blattei, Angestellter II; Geitner, DB 1973, 28o; Göbel, BlStSozArbR 1972, 48; Grüll, RdA 1972, 172; Höpp, RdA 196o, 182; Hueck, RdA 1953, 441; Rüthers, JZ 1974, 625; Wiedemann, RdA 1972, 213;

4) Fischer, DB 1972, 437; wohl auch Rüthers/Stindt, BB 1972, 973, 976; Grüll, BB 1974, 653 f. (besonders Grüll hat in diesem Aufsatz, in dem der Beschl. d. BAG v. 5. März 1974 stark kritisiert wird, ausdrückl. die Meinung vertreten, § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG beschreibe den allgemeinen Begriff des "leitenden Angestellten"); Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 384; Witte/Bronner, DB 1974, 1233; dieselben, DB 1974, 1863;

Bei diesen beiden zuletzt skizzierten Ansichten handelt es sich aber nicht um weitere "selbständige" Ansichten, die neben die zunächst dargestellten gegensätzlichen Meinungen treten, § 5 Abs. 3 BetrVG setze einen vorgegebenen Oberbegriff voraus und § 5 Abs. 3 BetrVG definiere selbständig den Begriff des "leitenden Angestellten" [5]. Vielmehr gehen die Autoren, die entweder sagen, jeder, der ein Merkmal der Nummern 1 - 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfülle, sei "leitender Angestellter" im allgemeinen Sinne, oder die sagen, § 5 Abs. 3 BetrVG stelle eine Generalklausel für den Begriff des "leitenden Angestellten" dar, immer von der Meinung aus, § 5 Abs. 3 BetrVG setze einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraus [6].

Denn da diese Autoren argumentieren, wer ein Merkmal der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG aufweise, sei auch immer "leitender Angestellter" im Sinne eines Oberbegriffs, so drücken sie damit aus, daß sich der betriebsverfassungsrechtliche Begriff des "leitenden Angestellten" aus zwei Tatbestandsmerkmalen zusammensetzt: aus dem Oberbegriff und aus den Merkmalen der

---

5) s. zu dem Streit, wie die Konzeption des § 5 Abs. 3 BetrVG zu interpretieren sei, auch Wiedemann, RdA 1972, 213: er hat hier vier Möglichkeiten, die Relation der Tatbestandsmerkmale zueinander zu deuten, herausgearbeitet. Es handelt sich um eine sehr akribische Untersuchung, wie Wiedemann wohl selbst erkennt in seiner weiteren Darstellung. Denn letztlich bleiben auch für Wiedemann zur gegenseitigen Abgrenzung nur die Ansichten übrig, es handele sich um eine Legaldefinition respektive es werde ein Oberbegriff vorausgesetzt; vgl. auch Nozar, S. 2o f.

6) a.M. Zöllner, in Festschr. für Dietz, S. 382, der meint, diese Autoren würden § 5 Abs. 3 BetrVG immer als Legaldefinition ansehen.

Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG [7].

Allerdings sind diese Autoren verschiedentlich als Vertreter der Gegenauffassung, nämlich der Auffassung, § 5 Abs. 3 BetrVG stelle eine Legaldefinition dar, angeführt worden. Insbesondere Hueck [8] wurde als einer der Hauptvertreter der Meinung angesehen, § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 (der insofern mit § 5 Abs. 3 BetrVG identisch war) habe eine Legaldefinition enthalten [9]. Diese Einordnung ist wohl darauf zurückzuführen, daß die Vertreter der Meinung, wonach jeder, der ein Merkmal der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllt, auch zugleich "leitender Angestellter" im Sinne eines vorgegebenen Begriffs ist, zur Auslegung des betriebsverfassungsrechtlichen Begriffs des "leitenden Angestellten" "in aller Regel" [10] nur die besonderen Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG heranziehen.

2.) Argumentation

a) Die Vertreter der Meinung, § 5 Abs. 3 BetrVG setze einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden

---

7) deutlich wird dies z.B. bei Boldt, S. 15: "Auch für § 5 Abs. 3 BetrVG 1972 muß daher gelten, daß alle Angestellten, die eine der im Abs. 3 Ziffern 1 bis 3 aufgeführten Voraussetzungen erfüllen, jedenfalls in aller Regel auch leitende Angestellte im Sinne dieses Gesetzes sind"; ähnlich schon Hueck, RdA 1953, 443;

8) Hueck, RdA 1953, 441

9) vgl. Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 382;

10) so ausdrücklich Boldt, S. 15

Angestellten" voraus, der kumulativ neben den sonstigen Merkmalen des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG vorliegen müssen, argumentieren mit dem gesetzlichen Wortlaut, wonach das Betriebsverfassungsgesetz keine Anwendung findet "auf leitende Angestellte, wenn sie" (eines der Merkmale der Nummern 1 bis 3 erfüllen) [11]. Diese Formulierung lasse ausschließlich die Deutung zu, daß ein Angestellter nur dann vom Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ausgeschlossen sei, wenn auf ihn die Merkmale des vorgegebenen Oberbegriffs zutreffen, und der Angestellte kumulativ eines der Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG aufweist.

Ein Teil der Literatur begründet darüberhinaus seine Ansicht damit, daß der Gesetzgeber sich bei der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes der zur Zeit der Geltung des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 herrschenden Meinung zu dieser Auslegungsfrage angeschlossen habe. Denn der Gesetzgeber habe im Gesetzgebungsverfahren nicht den Streit um die Deutungsmöglichkeiten der Formulierung "... auf leitende Angestellte, wenn sie ..." erörtert [12] und habe diese Wendung von § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 her unverändert übernommen. Also habe er sich wegen der gleichlautenden Formulierung und der Kenntnis um den schon früher bestehenden Streit der herrschenden Meinung angeschlossen, das heißt der Meinung, es werde ein Oberbegriff vorausgesetzt [13].

---

11) vgl. z.B. Fitting/Auffahrt, § 5 Rdn. 21; Rose, AuR 1972, 314; Boldt, S. 13; Hartmann/Bock-Rosenthal/Helmer, S. 27; Wiedemann, RdA 1972, 213

12) vgl. Boldt, S. 13; Rose, AuR 1972, 314; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 383;

13) insbes. Rose, AuR 1972, 314; Boldt, S. 13; Fitting/Auffahrt, § 5 Rdn. 21; Rüthers/Stindt, BB 1972, 976; vgl. aber auch Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 98; kritisierend Nozar, S. 36, 37;

Dagegen stellen diejenigen, die in § 5 Abs. 3 BetrVG eine abschließende Legaldefinition erblicken, die These auf, einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" gäbe es nicht; es existiere weder ein solcher Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch noch existiere für den Bereich des Arbeitsrechts ein einheitlicher und für alle arbeitsrechtlichen Bestimmungen identischer Begriff des "leitenden Angestellten" [14]. Der Gesetzgeber habe daher nicht etwas voraussetzen können, was nicht vorhanden sei. Er habe vielmehr nur beschreiben wollen, wer betriebsverfassungsrechtlich leitender Angestellter sei [15], nicht aber auch, wer sonst leitender Angestellter sei. Deshalb sei in § 5 Abs. 3 BetrVG eine abschließende Umschreibung getroffen, und zwar in den Nummern 1 bis 3; auf weitere Merkmale dürfe deshalb nicht zurückgegriffen werden, weil es sich dabei um "außergesetzliche Kriterien" [16] handele.

Schließlich glauben einige Vertreter dieser Meinung, den Gesetzesmaterialien entnehmen zu können, der Gesetzgeber habe in § 5 Abs. 3 BetrVG eine abschließende Legaldefinition gegeben [17]. Denn der Gesetzgeber habe entsprechend einer Äußerung, die im federführenden Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung gemacht wurde,

---

14) z.B. Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1oo ff.; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 1o; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 383 f.; Janert, DB 1974, 286; Kraft bei Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 5 Rdn 31; früher schon Neumann-Duesberg, S. 154; Nikisch (III), S. 64: "... weil es keinen allgemeingültigen Begriff des leitenden Angestellten im Arbeitsrecht gibt"; Dietz, § 4 Rdn. 58 b, c;

15) so ausdrückl. Janert, DB 1974, 286

16) expressis verbis Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 98; ähnlich Janert, DB 1974, 286

(Forts. nächste Seite)

den "Begriff des leitenden Angestellten neu fassen" [18] wollen [19].

Der Gesetzgeber habe sich aber bei seiner Bemühung um eine Neufassung nicht mit einem vorgegebenen Oberbegriff auseinandergesetzt, sondern ausschließlich mit den Kriterien der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG. Daher sei davon auszugehen, daß die den Begriff des "leitenden Angestellten" ausfüllenden Merkmale ausschließlich die der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG seien [2o].

(Forts. v. Seite 5o)

17) Göbel, BlStSozArbR 1972, 48; Grüll, RdA 1972, 172; Kraft, bei Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 5 Rdn. 3o; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 98 ff.; Janert, DB 1974, 286;

18) gegenüber § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 (Anm. d. Verf.)

19) zu BT-Drucks. VI/2729, S. 11; dort heißt es wörtlich: "Auch der Ausschuß war einmütig der Auffassung, daß eine neue, objektivere und stärker an die Funktion gebundene Begriffsbestimmung gefunden werden müsse. Deshalb wurde der Begriff des leitenden Angestellten in Anlehnung an eine Empfehlung des Rechtsausschusses neu gefaßt".

2o) vgl. dazu Janert, DB 1974, 286; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 98

II.) Meinungsstand zum vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten"

1.) Vorbemerkung

Bevor Stellung genommen wird zu dem gerade skizzierten Meinungsstreit, ob § 5 Abs. 3 BetrVG eine abschließende Legaldefinition des "leitenden Angestellten" enthält oder ob zusätzlich zu einem vorgegebenen Oberbegriff die Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG hinzukommen müssen, soll, -um die Darstellung der zu § 5 Abs. 3 BetrVG vertretenen Meinungen nicht auseinanderzureißen- zunächst eine Übersicht gegeben werden über die vorhandenen Ansichten hinsichtlich eines vorgegebenen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten".

Für die Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG werden die Ansichten zu einem vorgegebenen Oberbegriff allerdings nur bedeutsam, wenn die Erörterung ergeben sollte, daß § 5 Abs. 3 BetrVG einen allgemeinen Oberbegriff voraussetzt. Sollte § 5 Abs. 3 BetrVG eine abschließende Legaldefinition enthalten, stellt sich nicht das Problem, weitere als die in den Nummern 1 bis 3 enthaltenen Tatbestandsmerkmale zu prüfen. Nur, wenn § 5 Abs. 3 BetrVG einen vorgegebenen Oberbegriff voraussetzt, kann die Situation eintreten, daß ein Angestellter zwar ein Merkmal der Nummern 1 - 3 erfüllt, er aber nicht "Leitender" ist, weil er nicht die Merkmale des vorgegebenen Begriffs erfüllt.

2.) Allgemeiner Überblick über den Meinungsstand

a) Der Begriff des "leitenden Angestellten" ist seit jeher umstritten und unbestimmt [1] gewesen. Auch die Neufassung der betriebsverfassungsrechtlichen Vorschrift über die "leitenden Angestellten", die nach umfangreichen Beratungen in der Form des § 5 Abs. 3 BetrVG verabschiedet wurde [2], hat diese Situation nicht verändert.

Nach der Ansicht, § 5 Abs. 3 BetrVG setze einen vorgegebenen Oberbegriff voraus, besteht möglicherweise eine Regelungslücke hinsichtlich dieses Begriffs [3]. Jedoch gehen schon die Ansichten auseinander, welcher Art diese Regelungslücke ist. Das Bundesarbeitsgericht behauptet [4], es liege eine "verdeckte Regelungslücke" vor. Das bedeutet, daß der Gesetzgeber nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts nicht gesehen hat, daß ein Oberbegriff durch die Rechtsprechung und die Wissenschaft ausgefüllt werden muß [5].

---

1) Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 13; Rose, AuR 1972, 3o9

2) vgl. Geitner, S. 7 der von einer "umfangreichen gesetzespolitischen Materialschlacht" spricht;

3) dagegen Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1oo; Hoffmann, NJW 1974, 1163; Grüll, BB 1974, 653 (diese sind jedoch alle Anhänger der Meinung, § 5 Abs. 3 BetrVG enthalte eine Legaldefinition);

4) BAG NJW 1974, 967; unklar Voll, ArbGeb. 1974, 5oo

5) mit dieser Begründung wendet sich Rüthers, JZ 1974, 626, gegen die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und stellt dazu die rhetorische Frage: " 'Verdeckt' für wen?";

Demgegenüber sprechen einige Autoren [6] von einer "bewußten Lücke" [7] oder von einer "offengelassenen Gesetzgebung" [8] und bringen damit zum Ausdruck, der Gesetzgeber habe es absichtlich der Rechtsprechung und der Wissenschaft überlassen, die Lücke sinnvoll zu schließen [9].

b) Der Streit um den Begriff des "leitenden Angestellten" -insbesondere der Streit um einen vorgegebenen Oberbegriff- geht im wesentlichen dahin, ob dieser Begriff und somit auch der Kreis der leitenden Angestellten im Sinne des Betriebsverfassungsrechts eng oder weit zu ziehen ist.

Überblicksmäßig läßt sich sagen, daß die enge oder weite Begriffsbestimmung jeweils abhängig ist vom ideellen oder ideologischen Standort des Definierenden. Die Interessenverbände der Arbeitnehmer tendieren zu einem restriktiven, die Interessenverbände der Arbeitgeber zu einem extensiven Begriff.

Es ist im einzelnen umstritten, welche Funktionen und Positionen einen Arbeitnehmer als "leitenden Angestellten" qualifizieren. So wird unter anderem behauptet, nur der "Repräsentant des Unternehmers" [11] sei "leitender Angestellter" oder eine

---

6) Wiedemann, RdA 1972, 212; Herrmann, BB 1974, 939

7) zur "bewußten Lücke" s. Canaris, S. 134, 139 ff.;

8) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977

9) vgl. auch Geitner, DB 1973, 28o

1o) s. dazu die Tabelle bei Niedenhoff, ArbGeb 1972, 261; vgl. auch Rüthers, JZ 1974, 629; auch schon Faßbender, Union 1958, 2o2;

11) Schneider, Quelle, 1972, 217, der hier wohl die Meinung des DGB wiedergibt.

"Schlüsselposition" [12] kennzeichne den "leitenden Angestellten" oder ein "leitender Angestellter" müsse "Arbeitgeberfunktionen" [13] wahrnehmen oder eine "besondere Qualifikation" [14] sei ausreichend, um den Begriff "leitender Angestellter" zu bejahen.

Überwiegend wird gesagt, eine Vorgesetztenstellung sei nicht essentielles Merkmal des "leitenden Angestellten" [15]. Auch sei es unerheblich, ob der Angestellte eine sogenannte "Linienfunktion" [16] oder eine sogenannte "Stabsfunktion" [17] ausübe [18].

---

12) dieser Ausdruck stammt wohl von Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 14o; dagegen aber ausdrückl. Galperin, Leitfaden, S. 22; auch Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 39o ff.;

13) vgl. Boldt, S. 6 ff.; Galperin, Leitfaden, S. 22 m.w.N.

14) vgl. z.B. Boldt, S. 7; Scheuch, in Festschr. VAA, S. 36;

15) z.B. Fitting/Auffahrth, § 5 Rdn. 19 b; Galperin, Leitfaden, S. 23; Boldt, S. 7; a.M. aber Hoppe, BlStSozArbR 1968, 174; Gaul, DB 1961, 272; BAG DB 1973, 23o7;

16) Angestellter mit "Linienfunktion" bedeutet, daß jemand eine mit Disziplinar- und Anordnungsgewalt ausgestattete Stellung in der Hierarchie des Betriebs innehat, vgl. z.B. Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 1o9; Heenzen, S. 36; Gaul, Der leitende Angestellte, S. 31.

17) Angestellter mit "Stabsfunktion" ist ein Arbeitnehmer, der keine Position in der "Linie" (Hierarchie) eines Betriebes innehat, also keine Befehls-, Anordnungs- oder Organisationsgewalt hat, sondern prinzipiell rein beratende oder arbeitsvorbereitende Aufgaben hat, wobei die Verwertung der Arbeitsergebnisse der "Stabsangestellten" nicht von diesen, sondern von "Linienangestellten" bestimmt wird. Zu diesem Begriff s. auch Heenzen, S. 36; Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 1o9; (Forts. nächste Seite)

Dieser herrschenden Meinung steht aber die Ansicht entgegen, nur Angestellte mit "Linienfunktionen" seien "leitende Angestellte". Denn nicht die beratende Tätigkeit der "Stabsstelle" führe zu der Eigenschaft "leitender Angestellter", sondern nur die Tätigkeit der"Linienstelle" [19].

Jedoch sind häufig "Linien-" und "Stabsfunktionen" nicht exakt zu trennen, sondern treffen zusammen. Es wird nur wenige "Stabsstellen" geben, die "nicht durch Linien strukturiert" [20] sind.

c) Der Gesetzgeber hat nicht nur im Betriebsverfassungsgesetz eine Sonderbestimmung für leitende Angestellte erlassen, sondern auch in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen. Aber unbestritten -soweit ersichtlich [21]- kennen die verschiedenen Gesetzesbestimmungen, die Sondervorschriften für leitende Angestellte enthalten,

---

(Forts. v. Seite 55)

"Stab" und "Linie" werden auch als "Rat-" und "Tatgruppe" bezeichnet, vgl. Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 19 b; Gaul, Der leitende Angestellte, S. 31

18) so fast wörtlich BAG NJW 1974, 968; s. auch BAG DB 1974, 2307; Galperin, Leitfaden, S. 22; Rüthers/Stindt, BB 1972, 977; Boldt, S. 7 ff.; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 104; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 19 b; Brecht, § 5 Rdn. 24

19) Rose, AuR 1972, 315; auch der DGB tendiert dahin, nur "Linienangestellte" als "leitende Angestellte" anzusehen, vgl. Meenzen, S. 68; unklar Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 259

20) vgl. Meenzen, S. 36

21) z.B. Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 385; Janert, DB 1974, 286; Wiedemann, RdA 1972, 213; Hoffmann, NjW 1974, 1162; Mayer-Maly, BB 1974, 1125; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 20; BAG NJW 1974,

(Forts. nächste Seite)

wegen der "unterschiedlichen legislatorischen Überlegungen" [22] keinen einheitlichen Begriff des "leitenden Angestellten". Der Gesetzgeber hat den Personenkreis der "leitenden Angestellten" für jedes Gesetz anders bestimmt. Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale der einzelnen Sondervorschriften sind zwar teilweise identisch, überwiegend aber uneinheitlich [23] und teils unbestimmt [24]. Die durch Zweck und Formulierung bedingte Unterschiedlichkeit der verschiedenen Bestimmungen über leitende Angestellte führt wohl nach der herrschenden Meinung auch dazu, daß diese einzelnen Normen nicht jeweils Einzelteile eines Gesamtbildes eines allgemeinen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" darstellen, das dann aus einer Gesamtschau der Gesetzesbestimmungen erkennbar würde [25].

Eine überblickmäßige Darstellung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen [26] hinsichtlich leitender Angestellter mag verdeutlichen, daß es in der Arbeitsgesetzgebung keinen einheitlichen Begriff des "leitenden Angestellten" gibt.

(Forts. von S. 56)

966; auch schon Hueck, DB 1954, 536 ff.; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 128; Packebusch, BB 1964, 42 ff.;

22) Wiedemann, RdA 1972, 213; Nozar, S. 32 ff.;

23) vgl. Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 10

24) z.B. Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 128

25) vgl. aber Wiegand, S. 44, der zwar nicht bestreitet, daß es keinen einheitlichen Begriff des "leitenden Angestellten" in der Gesetzgebung gibt, der aber die einzelnen Bestimmungen als "Mosaiksteine" eines Gesamtbildes des "leitenden Angestellten" ansieht;

(Forts. nächste Seite)

Für diese Darstellung kommen in Betracht § 1 Abs. 2 Nr. 2 AZO [27], § 14 Abs. 2 KSchG [28], § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG [29], § 16 Abs. 4 Nr. 4 SGG [30] und § 3 Abs. 1 AVG [31]. In diesem Zusammenhang absolet geworden ist jedoch einmal die Vorschrift des § 56 Abs. 3 b AVAVG [32], die Leitende Angestellte besonders behandelte. Denn an die Stelle des AVAVG ist das Arbeitsförderungsgesetz (AFG) [33] getreten, das leitenden Angestellten keine Sonderstellung mehr einräumt (vgl. beispielsweise § 168 Abs. 1 AFG).

Ebenso gegenstandslos geworden ist in diesem Zusammenhang das Aktiengesetz, das in § 9o Abs. 1 Nr. 4 a.F. (in Verbindung mit § 84 Nr. 3 BetrVG 1952) eine Bestimmung über leitende Angestellte enthielt. Der § 9o Abs. 1 Nr. 4 a.F. AktG ist durch § 1o5 AktG n.F. [34] ersetzt worden. Der ehemals im Aktiengesetz umstrittene Begriff des "leitenden Angestellten" wurde nun nicht mehr verwendet, der früher angesprochene Personenkreis wurde nunmehr beschränkt auf "Prokuristen und zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigte Handlungsbevollmächtigte" [35].

(Forts. von S. 57)

26) daß allenfalls arbeitsrechtliche Gesetze geeignet sein könnten, einen Begriff des "leitenden Angestellten" zu umreißen, sagte schon Steinmann, BABl 1953, 4oo; wohl auch Nozar, S. 33, 34;

27) Arbeitszeitordnung v. 3o. April 1938, RGBl I, S. 447

28) Kündigungsschutzgesetz in der Fassung vom 25. August 1969, BGBl I, S. 1317, zuletzt geändert am 15. März 1974, BGBl I, S. 693

29) Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953, BGBl I, S. 1267

3o) Sozialgerichtsgesetz v. 3. September 1953, BGBl I, S. 1239

(Forts. nächste Seite)

aa) § 1 Abs. 2 Nr. 2 AZO

§ 1 Abs. 2 Nr. 2 AZO [36] spricht von "Angestellten in leitender Stellung". Daneben muß als Qualifikationsmerkmal für die Nichtanwendbarkeit der AZO noch eine Vorgesetztenstellung über mindestens zwanzig Arbeitnehmer hinzukommen. Das bedeutet, daß der Kreis der "leitenden Angestellten" größer ist als der Kreis der von § 1 Abs. 2 Nr. 2 AZO angesprochenen Personen. Wer aber überhaupt zu den "Leitenden" zählt, ergibt sich nicht aus § 1 Abs. 2 Nr. 2 AZO [37]. Insbesondere kann dieser Bestimmung nicht entnommen werden, ob allgemein die Vorgesetzteneigenschaft ein Erfordernis für den "leitenden Angestellten" ist, da dieses Kriterium gerade zu der Eigenschaft "leitend" noch hinzukommen muß, damit ein Angestellter von § 1 Abs. 2 Nr. 2 AZO erfaßt wird.

(Forts. v. Seite 58)

31) Angestelltenversicherungsgesetz in der Fassung v. 23. Februar 1957, BGBl I, S. 713

32) Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung in der Fassung v. 3. April 1957, BGBl I, S. 706

33) AFG v. 26. Mai 1969, BGBl I, S. 582

34) AktG v. 6. September 1969, BGBl I, S. 1089

35) Monjau, DLA 1967, 28; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 29

36) § 1 (Geltungsbereich)
.....
(2) Die AZO gilt nicht für
.....
2. sonstige Angestellte in leitender Stellung, die Vorgesetzte von mindestens zwanzig Gefolgschaftsmitgliedern sind.

37) Wiegand, S. 27; Gaul, Arbeitsvertrag, S. 29; BAG AP Nr. 1 zu § 1 AZO; vgl. aber auch Nozar, S. 34;

bb) § 14 Abs. 2 KSchG

Das Kündigungsschutzgesetz trifft eine Regelung für leitende Angestellte in § 14 Abs. 2 [38]. Diese Vorschrift ist weiter gefaßt als die des § 1 Abs. 2 Nr. 2 AZO. Gemäß § 14 Abs. 2 KSchG muß ein Angestellter, für den das Kündigungsschutzgesetz nicht gelten soll, zwei Tatbestandsmerkmale aufweisen: er muß zunächst entweder "Geschäftsführer", "Betriebsleiter" oder "ähnlich leitender Angestellter" sein und außerdem die Befugnis zur selbständigen Einstellung und Entlassung haben.

Der Gesetzgeber hat hier also einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" vorausgesetzt, für den er einige Beispiele ("Geschäftsführer" und Betriebsleiter") aufgezählt hat. Allerdings handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Der Gesetzgeber hat nicht offengelegt, wer im einzelnen "Geschäftsführer" oder"Betriebsleiter" in diesem Sinne ist [39], so daß auch ungeklärt ist, wer "ähnlich leitender Angestellter" ist [4o].

---

38) § 14 ("Angestellte in leitender Stellung")
.....
(2) Auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnlich leitende Angestellte, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit Ausnahme des § 3 keine Anwendung ...

39) Monjau, DLA 1967, 22; ders., Union 1957, 2o3; Sturzenhecker, S. 1o2

4o) Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 29

cc) § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG

Teilweise ähnlich gefaßt wie § 14 Abs. 2 KSchG ist § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG [41]. Jedoch sieht diese Vorschrift nur "Geschäftsführer" und "Betriebsleiter" als "leitende Angestellte" an und spricht nicht auch noch von "ähnlich leitenden Angestellten". Aber bei den speziellen Merkmalen, die noch zur Geschäftsführer- oder Betriebsleiterstellung hinzukommen müssen, ist einerseits die Rede nur von "Einstellungsbefugnis", nicht auch von "Entlassungsbefugnis", andererseits läßt § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG auch die Prokura und die Generalvollmacht als Zusatztatbestandsmerkmale gelten.

§ 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG ist so konzipiert wie die anderen bisher dargestellten Normen. Es wird von einem Oberbegriff des "leitenden Angestellten" ausgegangen, der durch spezielle Merkmale eingeschränkt wird. Der Inhalt des Oberbegriffs wird hier zwar umrißhaft angedeutet ("Geschäftsführer" und "Betriebsleiter"), womit von vornherein eine Beschränkung des Oberbegriffs für den speziellen Zweck des Arbeitsgerichtsgesetzes erreicht wird. Aber es ist nirgends präzisiert, was unter diesen Begriffen konkret zu verstehen ist [42], das heißt, welche Anforderungen zur Tatbestandserfüllung im einzelnen an den "Geschäftsführer" oder "Betriebsleiter" zu stellen sind.

---

41) § 22 ("Ehrenamtliche Richter aus Kreisen des Arbeitgebers")
.....
(2) Zu ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitgeber können auch berufen werden
.....
2. Geschäftsführer und Betriebsleiter, soweit sie selbständig zur Einstellung von Arbeitnehmern in den Betrieb berechtigt sind oder soweit ihnen Prokura oder Generalvollmacht erteilt ist.

(Forts. nächste Seite)

dd) § 16 Abs. 4 Nr. 4 SGG

Etwas weiter als das Arbeitsgerichtsgesetz zieht das Sozialgerichtsgesetz für seinen Bereich den Kreis der "leitenden Angestellten" in § 16 Abs. 4 Nr. 4 [43].

Diese Vorschrift setzt auch -entsprechend den vorhergenannten Bestimmungen über leitende Angestellte- einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraus, der aber auch hier nicht definiert ist und auch nicht -wie im Arbeitsgerichtsgesetz- beispielhaft angedeutet ist.

ee) § 3 Abs. 1 Nr. 1 AFG

Das Angestelltenversicherungsgesetz behandelt "leitende Angestellte" in § 3 Abs. 1 Nr. 1 [45].

Hier wird ganz generell ein Begriff des "leitenden Angestellten" vorausgesetzt. Der vorausgesetzte Begriff wird weder definiert noch durch besondere Merkmale eingeschränkt [46]. Es ist kein Anhaltspunkt vorhanden, welche Kriterien diesen Begriff ausfüllen.

(Forts. von S. 61)

42) vgl. hinsichtlich der gleichen Kriterien bei § 14 Abs. 2 KSchG Monjau, Union 1957, 203; ders., DLA 1967, 24; Sturzenhecker, S. 102

43) § 16 ("Persönliche Voraussetzungen")
.....
(4) Ehrenamtliche Richter aus Kreisen der Arbeitgeber können sein
.....
4. leitende Angestellte in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit, wenn ihnen Generalvollmacht oder Prokura erteilt ist oder sie berechtigt sind, im Betrieb Arbeitnehmer selbständig einzustellen oder zu entlassen.

44) Wiegand, S. 38

(Forts. nächste Seite)

3.) Der Meinungsstand im Einzelnen

Verschiedene Gruppen, Verbände, Institutionen, Organe und Einzelpersonen haben sich mit dem Begriff des "leitenden Angestellten" auseinandergesetzt und sind bei der Begriffsbestimmung zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Insbesondere diejenigen, nach deren Ansicht § 5 Abs. 3 BetrVG einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, gelangen zu divergierenden, teils kontroversen Ergebnissen, wie sich aus einem Überblick über die Verkehrsanschauung zu diesem Begriff und über die entsprechenden Ansichten der Arbeitsrechtswissenschaft und der Rechtsprechung ergibt.

a) Die Verkehrsanschauung zum Begriff des "leitenden Angestellten"

aa) Während der allgemeine Sprachgebrauch des täglichen Lebens den Ausdruck "leitender Angestellter" nur als bloße Redewendung, nicht aber als fest umrissenen Begriff kennt, haben sich die politischen Parteien und die am Betriebsleben beteiligten Gruppen und Verbände intensiver mit dem "leitenden Angestellten" beschäftigt. Es gibt aber keinen einheitlichen Sprachgebrauch aller dieser Parteien und Verbände [47], sondern die unterschiedlichen ideologischen Vorstellungen und die unterschiedlichen Interessen

---

(Forts. von S. 62)

45) § 3
(1) Zu den Angestellten gehören insbesondere
1. Angestellte in leitender Stellung

46) Wiegand, S. 22

47) vgl. z.B. Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 19 a

haben eine unterschiedliche jeweilige Anschauung vom Begriffsinhalt zur Folge. So grenzen zum Beispiel die Arbeitgeberverbände den Kreis der "leitenden Angestellten" anders ab als die Gewerkschaften, und diese wiederum anders als die Verbände der leitenden Angestellten [48].

bb) Alle drei zur Zeit des Gesetzgebungsverfahrens des Betriebsverfassungsgesetzes im Bundestag vorhandenen Fraktionen waren unterschiedlicher Ansicht über den Begriff des "leitenden Angestellten", wie sich aus den Formulierungen ihrer Gesetzesentwürfe ergibt.

Die CDU/CSU-Fraktion zog in ihrem Gesetzentwurf [49] zum Betriebsverfassungsgesetz den Kreis der "leitenden Angestellten" weiter als die anderen Fraktionen.

§ 18 dieses Entwurfs lautete:

> "Als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht
>
> .....
>
> c) leitende Angestellte, die regelmäßig, überwiegend und im wesentlichen eigenverantwortlich auf Grund Dienstvertrages und Dienststellung
> - übertragene unternehmerische Befugnisse in Betrieb und Unternehmen ausüben, oder
> - für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens wesentliche Aufgaben erfüllen, für die besondere Erfahrungen und Kenntnisse erforderlich sind".

---

48) vgl. dazu Krüger-Vorndamme, S. 29; Sturzenhecker, S. 5; BAG NJW 1974, 966; Rüthers, BB 1972, 1105; Nozar, S. 40;

49) BT-Drucks. VI/1806

Eine sehr enge Abgrenzung des Kreises der "leitenden Angestellten" [50] sah dagegen der im Dezember 1968 eingereichte Gesetzesvorschlag der SPD-Fraktion [51] vor:

> "Als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht die leitenden Angestellten, sofern sie zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind oder wenn ihnen Generalvollmacht oder Prokura erteilt ist".

Demgegenüber war die FDP-Fraktion der Auffassung, ein größerer Kreis von Angestellten müsse zu den "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsrechtes gehören.

§ 4 Abs. 2 c des Gesetzvorschlages der FDP-Fraktion lautet daher [52]:

> "Als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht die leitenden Angestellten, wenn sie zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind, oder nach Dienstvertrag oder Dienststellung regelmäßig und im wesentlichen eigenverantwortlich entweder übertragene Arbeitgeberbefugnisse wahrnehmen oder für den Bestand und die Entwicklung des Betriebes wichtige Aufgaben auf Grund besonderer Erfahrungen oder Kenntnisse, insbesondere einer

---

50) Rose, AuR 1972, 312; Rüthers/Stindt, BB 1972, 974

51) BT-Drucks. V/3658

52) BT-Drucks. V/4011

abgeschlossenen Hochschulausbildung oder einer anderen, in dem jeweiligen Wirtschaftszweig erforderlichen Spezialausbildung, erfüllen".

Diese Formulierung der FDP-Fraktion hatte wesentlichen Einfluß auf die Formulierung der geltenden Bestimmung des § 5 Abs. 3 BetrVG [53].

cc) Sehr unterschiedlich und teilweise gegensätzlich sind die Auffassungen der verschiedenen Interessenverbände der Wirtschaft und der Arbeitswelt [54].

Die Interessenvertretung der Arbeitgeberschaft (BDA) setzte sich für eine sehr weite Fassung des Begriffs des "leitenden Angestellten" ein. Der Entwurf der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände [55], nach dessen Formulierung "fast jeder Akademiker der Wirtschaft zum leitenden Angestellten befördert wird" [56], lautete:

"Leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind Angestellte, die regelmäßig entweder übertragene Arbeitgeberbefugnisse im wesentlichen eigenverantwortlich wahrnehmen oder für den Bestand oder die Entwicklung des Unternehmens wesentliche Aufgaben überwiegend selbständig auf Grund ihrer besonderen Erfahrungen oder Kenntnisse, zum Beispiel einer wissenschaftlichen Ausbildung oder eines entsprechend zu bewertenden beruflichen Entwicklungsstandes erfüllen".

---

53) Rüthers/Stindt, BB 1972, 975; vgl. auch Rüthers, BB 1972, 1107, der dort sagt: "Es ist kein Geheimnis, daß sich damit die FDP in den Koalitionsvereinbarungen durchgesetzt hat".

(Forts. nächste Seite)

Im Gegensatz zur Auffassung der Arbeitgebervertretung steht die Ansicht des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB).

Der DGB, nach dessen Ansicht der Betriebsrat zur Vertretung sämtlicher Arbeitnehmerinteressen zuständig ist [57], wollte den Begriff des "leitenden Angestellten" auf nur wenige "angestellte Unternehmer" [58] beschränken und formulierte seinen Gesetzentwurf im Jahre 1967 folgendermaßen [59]:

> "Als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht ...
>
> .....
>
> c) Personen, denen Generalvollmacht erteilt ist oder die die Geschäfte des Betriebes mit selbständiger Entscheidungsmacht führen,
>
> d) Personen, die zur selbständigen Einstellung und Entlassung aller Arbeitnehmer des Betriebes berechtigt sind."

(Forts. v. S. 66)

54) vgl. dazu Sommer, bei Gaul, Der leitende Angestellte, S. 19

55) s. Jahresbericht der BDA für die Zeit v. 1. Dezember 1969 bis 3o. November 197o, S. 36; zur Ansicht der BDA s. auch Wisskirchen, BABl 1972, 289

56) Rose, AuR 1972, 311

57) vgl. Rüthers/Stindt, BB 1972, 974, die sagen: "Die Gewerkschaften wünschten ein gesetzlich verankertes 'Repräsentationsmonopol' des Betriebsrats für alle Arbeitnehmerinteressen"; zur Ansicht des DGB s. auch Schneider, BABl 1972, 298;

58) Rose, AuR 1972, 31o; wohl anders Nozar, S. 63 f.;

59) s. bei Schütze/Schwaiger/Röglin, Synopse, S. 21 f.

Die Verbände der leitenden Angestellten tendieren alle dahin, den Begriff des "leitenden Angestellten" weit zu fassen [60]. Es ist aber fraglich, ob es einen klaren Begriff des "leitenden Angestellten" im Sprachgebrauch und in der Verkehrsauffassung dieser Verbände gibt. Das heißt, es ist fraglich, ob die maßgeblichen Satzungsbestimmungen und die offiziellen und offiziösen Veröffentlichungen und Stellungnahmen der Verbände oder ihnen nahestehender Autoren ein deutliches Bild vom Begriff des "leitenden Angestellten", wie ihn die Verbände verstehen, zeichnen.

Die Betrachtung und der Vergleich der verschiedenen Satzungsnormen lassen erkennen, daß oft schon eine höherwertige Ausbildung, insbesondere eine Hochschulausbildung [61], zum "leitenden Angestellten" qualifiziert, so daß der betreffende Angestellte Mitglied des entsprechenden Verbandes leitender Angestellter sein kann. Im übrigen reichen bestimmte qualifizierte Tätigkeiten im speziellen Berufszweig, der vom jeweiligen Verband erfaßt wird, zur Mitgliedschaft im entsprechenden Verband aus [62], oder es wird ganz pauschal nur auf "leitende Tätigkeit" oder "Aufgaben höherer Art" abgestellt [63].

---

60) Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 385; s. auch Borgwardt, BB 1971, 1106 ff.; vgl. auch Nozar, S. 60 ff.;

61) vgl. z.B. § 5 Abs. 2 der Satzung der ULA vom 13. November 1969; ebenso der insoweit identische § 1 des Gesetzentwurfes der ULA über die "Rechtsstellung der leitenden Angestellten" DLA, Sonderheft 1970; § 3 der Satzung des VAA v. 18. März 1972; § 4 Abs. 2 der Satzung des VDDI vom 9. Sept. 1961

62) so § 3 der Satzung des Coloristenbundes vom 17. Februar 1972; § 8 der Satzung des VdF vom 3. Mai 1969; § 4 der Satzung des VOE vom 21. Oktober 1971

(Forts. nächste Seite)

Diese uneinheitlichen, teils branchenspezifischen, teils globalen Kriterien der einzelnen Satzungsbestimmungen sind nicht geeignet, einen konkreten Begriff des "leitenden Angestellten" im Sprachgebrauch der Verbände leitender Angestellter entstehen zu lassen [64].

Ebensowenig ergibt sich aus den Veröffentlichtungen und Stellungnahmen, die den Kreisen der Verbände leitender Angestellter entstammen, ein einheitliches Bild des "leitenden Angestellten", so daß auch aus diesem Grunde nicht von einem "besonderen Sprachgebrauch" im Sinne einer gemeinsamen Terminologie der Verbände leitender Angestellter die Rede sein kann. Teils sind dort zwar Definitionen zu finden [65], die Merkmale dieser Definitionen sind aber nicht geeignet, den Begriff des "leitenden Angestellten" klar abzugrenz-en oder exakt auszusagen, wen die Verbände als "Leitende" ansehen [66]. Denn es sind

---

63) so wörtlich § 3 der Satzung der VELA vom 25. Oktober 1969

64) BAG NJW 1974, 966; Föhr, DB 1974, 1767; Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S.139; vgl. auch Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 137; Packebusch, BB 1964, 44

65) z.B. die VELA-Definition, abgedruckt bei Dersch, Union 1955, 99; auch ULA in ULA-Schrift Nr. I-. 3/122; Borgwardt, BB 1971, 1108: "Leitende Angestellte sind Angestellte, die regelmäßig, in nennenswertem Umfang und im wesentlichen unabhängig von inhaltlich bestimmenden fachlichen Weisungen unternehmerische Entscheidungen vorbereiten, treffen oder kontrollieren".

66) dahingehende Kritik hinsichtlich der VELA-Definition übte schon Totschek, S. 36

insgesamt zu sehr allgemeingehaltene und unbestimmte Kriterien verwandt [67], die insbesondere nicht in der Lage sind, problematische Grenzfälle richtig einzuordnen. So ist zum Beispiel unklar, was exakt "unternehmerische Aufgaben" [68] sind, oder wann ein "nennenswerter Umfang" [69] (bestimmter Aufgaben) vorliegt.

Im übrigen enthalten die Äußerungen seitens der Verbände der leitenden Angestellten gar keine Stellungnahmen zur Begriffsabgrenzung, sondern sie geben nur Zeugnis vom Selbstverständnis der leitenden Angestellten [7o]. Dieses Selbstverständnis ist vielfach getragen vom Streben nach gesellschaftlicher Anerkennung und vom Streben, "zu einer privilegierten Schicht zu gehören" [71].

Die Darstellung eines übertriebenen Selbstverständnisses als Mittel der Verbandspolitik ist durchaus verständlich und legitim. Nur ergibt sich daraus hier

---

67) vgl. auch Föhr, DB 1974, 1767

68) vgl. die ULA-Definition, ULA-Schrift Nr. I.-/122.185

69) vgl. Borgwardt, BB 1971, 1108

7o) so bezeichnet z.B. Weiß im Organ der ULA, in Union 1958, 64, die leitenden Angestellten als die "Offiziere des Betriebs"; auch wehrt er sich dort gegen die "Vermassung der leitenden Angestellten"; Vester, DLA 1968, 62, bringt in diesem Organ der ULA zum Ausdruck, daß sich die leitenden Angestellten als etwas Besonderes auffassen. Er wehrt sich gegen jede Nivellierung der leitenden Angestellten, sei es gehaltsmäßig, urlaubsmäßig etc.; gegen jede Nivellierung wendet sich auch Meenzen, S. 38 ff.;

71) so wörtlich Wendel, BetrR 1957, 244

keine einheitliche und gemeinsame Terminologie der Verbände leitender Angestellter hinsichtlich des Begriffs des "leitenden Angestellten", sondern der Begriffsinhalt im Sprachgebrauch dieser Verbände wird dadurch insgesamt nur verwässert. [72]. Denn bei der Beschreibung des Selbstverständnisses greift eine subjektive und idealisierende Betrachtung Platz. So sagte zum Beispiel Vester [73], der Vorsitzende des "Verbandes Angestellter Akademiker und Leitender Angestellter der Chemischen Industrie e.V." (VAA): "Typisch für den leitenden Angestellten ist das Überwiegen dynamischer Charaktereigenschaften, wie willensmäßige Zähigkeit, Vorstellungsvermögen, Initiative, Entschlußkraft, Verantwortungs- und Risikobereitschaft".

Die subjektive Betrachtung bringt es mit sich, daß sich wohl einerseits viele Angestellte als "leitende Angestellte" ansehen möchten [74] und andererseits nur ein sehr verschwommener Begriff vom "leitenden Angestellten" im Sprachgebrauch der Verbände leitender Angestellter existiert, weil er nicht auf objektiven und generellen Kriterien beruht. Es gibt mithin keinen allgemeingültigen Sprachgebrauch der Verbände leitender Angestellter hinsichtlich des Inhalts des Begriffs des "leitenden Angestellten" [75].

---

72) Höpp, RdA 1960, 181; Föhr, DB 1974, 1767; ähnlich Packebusch, BB 1964, 44

73) Vester, in Festschr. VAA, S. 31

74) so auch Krüger-Vorndamme, S. 15; ähnlich Scheuch, in Festschr. VAA, S. 36

75) vgl. z.B. BAG NJW 1974, 966; Föhr, DB 1974, 1767

dd) Auch in der Praxis der Betriebe und Unternehmen hat sich keine bestimmte und einheitliche Verkehrsanschauung zu der Frage herausgebildet, welcher Arbeitnehmer "leitender Angestellter" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes ist.

Um die Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung des Kreises der "leitenden Angestellten" zu überwinden, ist in der Praxis der Betriebe verschiedentlich versucht worden, alle "außertariflichen" Angestellten ("AT-Angestellte") als "leitende" anzusehen [76]. Weiterhin ist mehrfach der Versuch unternommen worden, durch Individual- oder Kollektivvereinbarung, aber auch durch einseitige Bestimmung seitens der Unternehmensleitung mittels persönlicher Anschreiben oder betrieblicher Rundschreiben festzulegen, wer "leitender Angestellter" ist [77].

Solche Bestimmungen oder Kollektiv- und Individualvereinbarungen, die "aus Gründen der Rechtssicherheit sicher wünschenswert wären", wie das Bundesarbeitsgericht sagte [78], sind aber unstreitig unzulässig und unwirksam [79]. Es handelt sich bei § 5 Abs. 3 BetrVG um zwingendes Recht. Denn der Gesetzgeber hat das Betriebsverfassungsgesetz als

---

76) Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 47; Föhr, DB 1974, 1768; unklar, Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 21; vgl. auch das Beispiel b. BAG DB 1975, 59

77) Beispiele bei Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 257 m.w.N.; vgl. auch Gaul, DB 1961, 271; Rüthers, BB 1972, 1108

78) BAG NJW 1974, 967

79) BAG NJW 1974, 967; Gaul, DB 1961, 271; ders., Der Arbeitsvertrag, S. 46; Rüthers, BB 1972, 1108; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 108 und Rdn. 123;

(Forts. nächste Seite)

Schutzgesetz für die Arbeitnehmerschaft erlassen [8o] und hat dabei nicht zu erkennen gegeben, daß er den persönlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes zur Disposition der beteiligten Arbeitgeber, Arbeitnehmer (Angestellten) und Interessenverbände stellen wollte. Daher ist es betriebsverfassungsrechtlich unzulässig, daß ein Einzelner durch Vertrag oder Vereinbarung auf die Wirkungen des Betriebsverfassungsgesetzes verzichtet oder daß durch einseitige Bestimmung seitens der Unternehmensleitung oder durch Kollektivvereinbarungen bestimmte Arbeitnehmer entweder des Schutzes des Betriebsverfassungsgesetzes enthoben werden oder aber dem Geltungsbereich dieses Gesetzes unterstellt werden, obwohl sie dies nach Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 BetrVG nicht beanspruchen können.

b) Meinungsstand in der Literatur

Da weder im allgemeinen Sprachgebrauch des täglichen Lebens noch in der Verkehrsanschauung der verschiedenen Gruppen und Verbände noch in der gesamten Arbeitsgesetzgebung ein einheitlicher Begriff des

---

(Forts. v. S. 72)

Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 21; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 26; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 5 Rdn. 6; Stege/Weinspach, S. 4o; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 156; Peupelmann, BergbuW 1953, 639; Höcker, BB 1953, 683; Mager, ArbGeb 1972, 176; Grüll, RdA 1972, 175; Boldt, S. 31; Föhr, DB 1974, 1768; Gaul, Der leitende Angestellte, S. 26

8o) Hueck/Nipperdey, (II/2), S. 1o62; Fitting, BABl 1972, 278; ausdrücklich auch BAG NJW 1974, 967

"leitenden Angestellten" existiert, hat es sich die Arbeitsrechtswissenschaft verschiedentlich zur Aufgabe gemacht, den Begriff des "leitenden Angestellten" und insbesondere einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" herauszuarbeiten und zu umreißen. [81]

Vornehmlich zwei Merkmale tauchen in der Literatur auf, die als Wesenszüge des "leitenden Angestellten" anzusehen sein sollen, nämlich erstens die "Ausübung von Arbeitgeberfunktionen" und zweitens die "Wahrnehmung besonders qualifizierter Aufgaben [82]. Ob aber diese beiden Gesichtspunkte einen konkreten Begriff in der Arbeitsrechtswissenschaft prägen [83], erscheint fraglich.

Es erscheint zunächst schon problematisch und es ist auch umstritten, ob diese beiden Merkmale alternativ vorliegen können oder kumulativ gegeben sein müssen [84]. Weiterhin sind diese beiden Kriterien sehr unbestimmt. Es stellen sich die Fragen, wann "Arbeitgeberfunktionen" ausgeübt werden und was konkret "hoch qualifizierte Tätigkeit" bedeutet. Diese Fragen werden nicht einheitlich von der Arbeitsrechtswissenschaft beantwortet. Insbesondere bestehen unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des Merkmals

---

81) Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 131 f.; Boldt, S. 6; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 389

82) Hueck, RdA 1953, 442; Waechter, DB 1951, 25o; Gaul, DB 1961, 271; ders., Der Arbeitsvertrag, S. 3o; Hoppe, BlStSozArbR 1968, 174; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 13o f.; Boldt, S. 7; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 389; Nikisch (I), S. 134; Hueck/Nipperdey, (I), S. 78; Kaskel/Dersch, S. 32; vgl. auch Nozar, S. 54 ff.;

(Forts. nächste Seite)

"Arbeitgeberfunktion". Teils wird eine "Arbeitgeberfunktion" nur bejaht bei einer Vorgesetztenstellung des betreffenden Angestellten [85], teils wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß eine Vorgesetztenstellung nicht erforderlich sei [86], teils wird eine Vorgesetztenstellung auch nur als Beispiel (neben anderen Möglichkeiten) für eine "Arbeitgeberfunktion" angeführt [87].

In der neueren Literatur taucht ein weiteres Merkmal auf, das den "leitenden Angestellten" im Sinne eines vorgegebenen Oberbegriffs kennzeichnen soll, nämlich das von Rüthers-Stindt [88] geprägte Merkmal "Gegnerbezug", das die nachfolgende Literatur und Rechtsprechung verschiedentlich aufgriff und verwendete [89].

(Forts. v. S. 74)

83) vgl. Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 31; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 101

84) Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 101

85) z.B. Packebusch, BB 1964, 42; Gaul, DB 1961, 271; ders., bis zur 2. Aufl. v. Arbeitsvertrag, S. 33 u. 37, allerdings a.A. in der 3. Aufl., Hueck, BB 1954, 536 ff.;

86) Boldt, S. 7; Höcker, BB 1953, 683; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 37; Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 109

87) so wohl Hueck, RdA 1953, 442 (also anders als in BB 1954, 536 f.); Monjau, Union 1957, 202; Hoppe, BlStSozArbR 1968, 174; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 258

88) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977

89) Rüthers, JZ 1974, 628; Herrmann, BB 1974, 939; Voll, ArbGeb 1974, 501; Rose, AuR 1972, 315; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 396; Fitting/ Auffarth, § 5 Rdn. 105; BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1974, 2306 = DB 1975, 405; BAG DB 1975, 60

"Gegnerbezug" bedeutet nach Rüthers-Stindt folgendes:

Das Betriebsverfassungsgesetz gehe von einem zweipoligen Spannungsverhältnis aus, das heißt, von einem Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern, wobei die Arbeitnehmer durch den Betriebsrat repräsentiert würden [90]. Einige Arbeitnehmer, nämlich die "leitenden Angestellten", seien wegen § 5 Abs. 3 BetrVG aber nicht der Repräsetanz des Betriebsrats unterstellt, weil ihre Tätigkeiten "Berührungspunkte mit den Tätigkeiten des Betriebsrats" [91] hätten, und sie, die entsprechenden Angestellten, "dem Arbeitgeber zugerechnet, mindestens aber dem Betriebsrat entzogen" [92] werden müßten. Nach Rüthers - Stindt kann ein "leitender Angestellter" zunächst "direkten Gegnerbezug" [93] haben, der dann gegeben sei, wenn eine "bedeutende (besonders personelle) Leitungs- und Vorgesetztenfunktion" [94] vorliege. Die Tätigkeit eines "leitenden Angestellten" müsse aber nicht notwendig "unmittelbare Berührungspunkte mit den Kompetenzen des Betriebsrats" [95] haben, sondern gleichwertig genüge ein "indirekter Gegnerbezug" [96], der bei einem "hohen Maß an Interessenidentifikation mit den Arbeitgeberzielen" [97] gegeben sei.

---

90) vgl. dazu Kaskel/Dersch, S. 287; dort wird vom "gesetzlichen Vertreter" gesprochen;

91) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977

92) Rüthers/Stindt, aaO.;

93) Rüthers/Stindt, aaO.;

94) Rüthers/Stindt, aaO.;

95) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977

96) Rüthers/Stindt, aaO.;

97) Rüthers/Stindt, aaO.;

Die Behauptung, der "Gegnerbezug" der Tätigkeit eines Angestellten sei Auslegungskriterium für den Begriff des "leitenden Angestellten" ist in der Literatur aber nicht widerspruchslos geblieben [98], wobei die Kritik in erster Linie an der These vom "indirekten Gegnerbezug" ansetzte [99].

c) Meinungsstand in der Rechtsprechung

In dem Streit um die Abgrenzung des Personenkreises der "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes war häufig die Arbeitsgerichtsbarkeit zu Entscheidungen berufen.

Vor der ersten höchstrichterlichen Entscheidung zur Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG vom 5. März 1974 [100] tendierte die Rechtsprechung [101] zu einem weiten Begriff des "leitenden Angestellten" [102], wobei teils expressis verbis eine einengende Interpretation abgelehnt wurde [103].

---

98) vor allem Janert, DB 1974, 286 ff., wendet sich gegen die These vom "Gegnerbezug"; auch Janert, DB 1974, 1237; Hoffmann, NJW 1974, 1164; Beuthien, SAE 1974, 176

99) z.B. Beuthien, SAE 1974, 176

100) BAG, 1 ABR 19/73 = NJW 1974, 965 = JZ 1974, 647 = DB 1974, 826

101) Übersichten über die Rechtsprechung zum Begriff des "leitenden Angestellten" bei Etzel, S. 11; ders., BlStSozArbR 1973, 179; Brill, DB 1973, Beil. 3 zu Heft 8

102) vgl. z.B. ArbG Frankfurt, Beschl. v. 12. April 1972 (2 BV 2/72), DB 1972, 1634; ArbG Frankfurt, Beschl. v. 16. November 1972 (5 BV 2/72); LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 3. März 1972 (7 Sa 177/71); LAG Düsseldorf, Beschl. v. 14. November 1972 (8 BV TA 11/72), DB 1973, 576; LAG Hamm, Beschl. v. 28. September 1973 (8 TA BV 17/73), DB 1973, 2353;

(Forts. nächste Seite)

Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ging bei der Interpretation des § 5 Abs. 3 BetrVG (und auch schon bei der des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952) von einem vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" aus. Zur Abgrenzung dieses Begriffs stützte sich die Judikatur aber nicht auf einheitliche Abgrenzungskriterien, sondern es sind die verschiedensten Kriterien in den Begründungen der gerichtlichen Beschlüsse zu finden.

In einigen Entscheidungen wurde die von der Arbeitsrechtswissenschaft herausgearbeiteten Abgrenzungsmerkmale herangezogen [104], also die Merkmale "Ausübung von Arbeitgeberfunktionen" und "besondere Qualifikation". In anderen Entscheidungen wurde als "leitender Angestellter" angesehen, wer "im wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben" wahrnahm [105] oder wer "selbständige Entscheidungsbefugnis mit persönlicher Verantwortung hinsichtlich eines wesentlichen Aufgabenbereichs im Betrieb oder Unternehmen" hatte [106], womit jeweils nur Fragmente der gesetzlichen Formulierung des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG zur Begriffsbestimmung übernommen wurden. In wiederum anderen Entscheidungen wurde jeder Angestellte als

---

(Forts. v. S. 77)

auch schon LAG Düsseldorf zu § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 (3 BV TS 12/53) und BAG, Beschl. v. 28. April 1964, AP Nr. 4 zu § 4 BetrVG = BAGE 16, 18 = SAE 1965, 6 = BB 1964, 963

103) z.B. LAG Hamm, DB 1973, 2353

104) z.B. LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 3. März 1972 (2 Sa 177/71); auch schon LAG Düsseldorf (3 BV TS 12/53), Union 1954, 174

105) z.B. LAG Hamm, Beschl. v. 28. Mai 1973 (8 TA BV 8/73)

106) z.B. ArbG Frankfurt, Beschl. v. 16. November 1972 (5 BV 2/72)

"leitender Angestellter" sowohl im Sinne eines vorgegebenen Oberbegriffs als auch im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG angesehen, der eines der Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllte [107], so daß also die so entscheidenden Gerichte eine Wechselwirkung zwischen dem vorgegebenen Oberbegriff und den zusätzlichen Merkmalen annahmen.

Schließlich wurde noch gesagt, der Begriff des "leitenden Angestellten" sei "nach allgemeinen arbeitsrechtlichen und betriebssoziologischen Gesichtspunkten" [108] oder nach dem "üblichen Sprachgebrauch" [109] zu bestimmen, ohne daß aber weder die "allgemeinen arbeitsrechtlichen und betriebssoziologischen Gesichtspunkte" noch der "übliche Sprachgebrauch" hinsichtlich des Begriffs des "leitenden Angestellten" näher umrissen und erläutert wurden.

Bis zum Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 5. März 1974 [110], in dem dieses Gericht den Begriff des "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes restriktiv auslegen wollte, weil der Gesetzgeber zwar einen weiten Personenkreis beschreibt,

---

107) z.B. ArbG Frankfurt, Beschl. v. 12. April 1972 (2 BV 2/72), DB 1972, 1634; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 14. November 1973 (8 BV TA 11/73), DB 1973, 567

108) so LAG Hamm, Beschl. v. 28. September 1973, (8 TA BV 17/73), DB 1973, 2353;

109) so zu § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 BAG, Beschl. v. 28. April 1964, BAGE 16, 8 (18);

110) BAG NJW 1974, 965

"der Gesetzgeber aber offenbar nach dem Sinnzusammenhang der gesamten Bestimmung von engeren Voraussetzungen ausgeht ..." [111], gab es nur wenige Ausnahmen von der extensiven Begriffsauslegung in der Rechtsprechung [112].

Dem ersten und grundlegenden Beschluß des Bundesarbeitsgerichts zur Interpretation des § 5 Abs. 3 BetrVG [113] folgten weitere höchstrichterliche Entscheidungen [114], die inhaltsmäßig dem ersten Beschluß entsprechen und diesen "verdeutlichen und ergänzen" [115] sollen und sich im wesentlichen nur auf Angestellte mit sogenannten "Stabsfunktionen" beziehen.

Das Bundesarbeitsgericht vertritt folgende Meinung zur Abgrenzung des betriebsverfassungsrechtlichen Begriffs des "leitenden Angestellten" [116]:

---

111) BAG NJW 1974, 965; einige Autoren behaupten auch, eine einengende Interpretation sei dem BAG auch nicht gelungen, durch diese Rechtsprechung des BAG sei gegenüber der früheren Rechtsprechung der Kreis der leitenden Angestellten nicht enger bestimmt worden, vgl. z.B. Hoffmann, NJW 1974, 1161; Grüll, BB 1974, 655; unklar Föhr, DB 1974, 1769; vergl. auch Beuthien, SAE 1974, 177;

112) z.B. ArbG Frankfurt, Beschl. v. 9. Mai 1972 (4 BV 1/72), BB 1972, 962; zu § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 z.B. LAG Düsseldorf, Beschl. v. 11. Dezember 1953, AP 54 Nr. 112 = AR-Blattei, Betriebsverfassung V, Grundbegriffe V, Entscheidungen 1 m. Anm. v. Sitzler

113) BAG NJW 1974, 965

114) BAG (1 ABR 2o/73) und (1 ABR 5o/73), s. Presseinformation in DB 1974, 23o6 und die Wiedergaben in DB 1975, 4o5 (4o6) und in NJW 1975, 797 (zu 1 ABR 2o/73); BAG (1 ABR 48/73) = DB 1975, 1o31; BAG (1 ABR 1o5/73) = DB 1975, 1o32; BAG (1 ABR 52/73) = DB 1975, 1o34

115) so BAG DB 1974, 23o6

(Forts. nächste Seite)

Zunächst sagte das Bundesarbeitsgericht, § 5 Abs. 3 BetrVG gehe von einem "allgemeinen Begriff des leitenden Angestellten aus" [117], der jedoch nicht in § 5 Abs. 3 BetrVG definiert, sondern "offenbar als bekannt" [118] vorausgesetzt werde. Es gebe aber auch keine sonstige "exakte Definition dieses Begriffs". Denn es gebe keinen für alle Gesetze geltenden Begriff des "leitenden Angestellten", und es gebe auch "keine allgemeingültige und vor allem genügend eindeutige allgemeine Vorstellung oder Verkehrsanschauung" [119], da die Auffassungen der verschiedenen Verbände zu sehr devergierten, und die einzelnen Satzungsbestimmungen der Verbände leitender Angestellter zu sehr "uneinheitlich und weitgreifend" [12o] seien. Auch seien die von der Arbeitsrechtswissenschaft zur Begriffsbestimmung herausgearbeiteten Kriterien nicht brauchbar, da umstritten sei, ob diese Merkmale [121] kumulativ gegeben sein müßten oder auch alternativ vorliegen könnten. Ebenso könne zur Begriffsbestimmung nicht auf den "allgemeinen oder üblichen Sprachgebrauch" abgestellt werden [122], da dieser "zu vage" sei, wie das Bundesarbeitsgericht mit Hilfe eines Wörterbuchs [123] feststellte; vielmehr könne der "Begriff des leitenden Angestellten in seiner Funktion doch nur auf das Unternehmen, nicht auf den einzelnen Betrieb bezogen sein" [124].

---

116) es wird im folgenden im wesentlichen der Beschluß v. 5. März 1974 stellvertretend für alle Entscheidungen des BAG zu § 5 Abs. 3 BetrVG referiert, da diese Entscheidung grundlegend ist.

117) BAG NJW 1974, 966; BAG DB 1974, 2306

118) BAG NJW 1974, 966

119) BAG NJW 1974, 966

12o) BAG NJW 1974, 966

(Forts. nächste Seite)

Zur Inhaltsbestimmung des vorgegebenen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" verglich dann das Bundesarbeitsgericht die Tatbestandsmerkmale der Nummern 1 und 2 des § 5 Abs. 3 BetrVG, da der vorausgesetzte Begriff "nicht isoliert von den im Absatz 3 genannten Fallgruppen ausgelegt" [125] werden könne. Dabei gelangte das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Tatbestände der Nummern 1 und 2 des § 5 Abs. 3 BetrVG besagten, daß nur diejenigen Angestellten dem Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes nicht unterstellt sein sollten, die "in hervorragender Funktion typische Unternehmer- (Arbeitgeber-) aufgaben" [126] wahrnähmen. Da aber nicht gesetzlich festgelegt sei, wann ein Angestellter, der die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG erfüllt, solche "typischen Unternehmerfunktionen" ausübe, bestehe hinsichtlich des allgemeinen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" "in Wirklichkeit eine verdeckte Regelungslücke" [127]. In seinen späteren Beschlüssen vom 19. November 1974 [128] hat das Bundesarbeitsgericht aber offen gelassen, ob es sich um eine "verdeckte Regelungslücke" oder um einen unbestimmten Rechtsbegriff handele.

---

121) "Ausübung von Arbeitgeberfunktionen" und "besondere Qualifikation", vgl. statt aller Boldt, S. 7

122) BAG NJW 1974, 966

123) Wahrig, Deutsches Wörterbuch

124) BAG NJW 1974, 967

125) BAG NJW 1974, 967

126) BAG NJW 1974, 967

127) BAG NJW 1974, 967

128) BAG DB 1974, 2306 = DB 1975, 406

Diese Regelungslücke oder dieser unbestimmte Rechtsbegriff sei durch die "Frage nach Sinn und Zweck der Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG" zu schließen; es müsse nach den "betriebsverfassungsrechtlichen Folgen der Qualifikation eines Angestellten als eines leitenden Angestellten gefragt werden" [129]. Es zeige sich dann, daß das Betriebsverfassungsgesetz von einem Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft, vertreten durch den Betriebsrat, ausgehe. Es bestehe ein "natürlicher Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft" [130]. Innerhalb dieses Interessengegensatzes oder dieser Interessenpolarität seien die "leitenden Angestellten" betriebsverfassungsrechtlich auf die Seite des Arbeitgebers gestellt, weil die leitenden Angestellten "wesentliche Unternehmerfunktionen" [131] ausübten und somit dem Interesse des Betriebsrats entgegengesetzte Aufgaben wahrnähmen. Bei der Bestimmung des vorgegebenen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" komme es also nur auf einen gegensätzlichen Tätigkeitsbereich eines Angestellten zum Tätigkeitsbereich des Betriebsrates an, wobei sich dieser Gegensatz mit dem von Rüthers - Stindt [132] geprägten Ausdruck "Gegnerbezug" umschreiben lasse. Ein solcher "Interessengegensatz" oder "Gegnerbezug" könne zwar nur bei "Wahrnehmung eines

---

129) BAG NJW 1974, 967

130) BAG NJW 1974, 968

131) BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1974, 2307 = DB 1975, 406

132) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977

beachtlichen Teilbereichs unternehmerischer Aufgaben" [133] gegeben sein, aber der "Interessengegensatz" brauche nicht in jedem Falle besonders ausgeprägt zu sein. Denn das Merkmal "Interessengegensatz" habe "unterschiedliches Gewicht" und könne im Einzelfall "mehr oder weniger zurücktreten" [134]. Es komme dann nur darauf an, daß der leitende Angestellte "bei Gesamtbetrachtung seiner Funktion" [135] in die "Nähe des Unternehmers" rücke [136]. Deshalb sei auch bei der Begriffsbestimmung des vorgegebenen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" die Frage unerheblich, ob der Angestellte eine "Linienfunktion" oder eine "Stabsfunktion" ausübe [137].

Im übrigen sei, wie das Bundesarbeitsgericht meint [138], eine Bestimmung des betriebsverfassungsrechtlichen Begriffs des "leitenden Angestellten" für die gesamte Wirtschaft oder auch nur für einen Teilbereich der Wirtschaft nicht möglich. Es müsse jeweils eine betriebsbezogene Begriffsbestimmung vorgenommen werden, da jeder Betrieb anders organisiert sei.

In den der grundlegenden Entscheidung vom 5. März 1974 folgenden Entscheidungen [139] bekräftigte das Bundesarbeitsgericht vor allem seine Ansicht, daß der Gesichtspunkt des "Interessengegensatzes" oder des "Gegnerbezuges" im Einzelfall fast ganz zurück-

---

133) BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1974, 2307 = DB 1975, 406

134) BAG NJW 1974, 967; BAG DB 1974, 2307 = DB 1975, 406

135) BAG NJW 1974, 968

136) BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1974, 2307 = DB 1975, 406

137) BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1974, 2307 = DB 1975, 406; vgl. auch BAG DB 1975, 1031 ff.;

138) BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1974, 2307 = DB 1975, 406;

139) BAG DB 1974, 2306 = DB 1975, 406; BAG DB 1975, 1031 ff.

treten könne. Denn eine Vorgesetztenstellung eines leitenden Angestellten sei nicht erforderlich, auch ein Angestellter mit "Stabsfunktionen" könne "leitender Angestellter" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sein.

4.) Zusammenfassung

Der Begriff des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG ist stark umstritten, wobei der Streit im wesentlichen dahingeht, ob dieser Begriff eng oder weit auszulegen ist.

Insbesondere die Vertreter der Meinung, § 5 Abs. 3 BetrVG setze einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraus und verlange komulativ die Erfüllung eines der Tatbestandsmerkmale der Nummern 1 bis 3, sind sich uneinig über den Inhalt dieses vorgegebenen Oberbegriffs.

Die verschiedenen Organisationen und Verbände, die Arbeitsrechtswissenschaft und die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte vertreten unterschiedliche, teils sich widersprechende Auffassungen zur Begriffsbestimmung. Eine herrschende Meinung, welche Merkmale wesentlich seien für den Begriff des "leitenden Angestellten", hat sich bisher nicht herausgebildet.

§ 3) Der betriebsverfassungsrechtliche Begriff des "leitenden Angestellten"

I.) Die Konzeption des § 5 Abs. 3 BetrVG

1.) Überblick

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, steht bei der Interpretation des § 5 Abs. 3 BetrVG, also bei der Bestimmung des Personenkreises der "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsrechts, die Beantwortung der Frage nach der Konzeption dieser Bestimmung im Vordergrund.

Eine Streitentscheidung zwischen den beiden in diesem Zusammenhang vertretenen Ansichten, nämlich zwischen der Ansicht, § 5 Abs. 3 BetrVG setze einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraus und der Ansicht, § 5 Abs. 3 BetrVG definiere abschließend den Begriff des "leitenden Angestellten" ist nicht überflüssig oder nur von akademischer Bedeutung, wie verschiedentlich behauptet wird [1]. Vielmehr ist eine Beantwortung der Frage, wie § 5 Abs. 3 BetrVG konzipiert sei, wegen der divergierenden Konsequenzen der beiden Ansichten von erheblicher praktischer Bedeutung. Jede der widerstreitenden Meinungen führt nämlich zu einem unterschiedlich großen und teils völlig heterogenen, zumindest aber differenten Kreis von "leitenden Angestellten".

---

1) z.B. Janert, DB 1974, 286; Boldt, S. 15 m.w.N.; Rüthers, JZ 1974, 625; dagegen aber z.B. Wiegand, S. 3o; vgl. auch Nozar, S. 19, 2o;

a) Nach der Meinung, § 5 Abs. 3 BetrVG gehe von einem vorgegebenen Oberbegriff aus und verlange zusätzlich das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Nummern 1 - 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG, kann sich die Konsequenz ergeben, daß es leitende Angestellte gibt, die betriebsverfassungsrechtlich wie alle übrigen Arbeitnehmer zu behandeln sind, weil sie nicht die speziellen Merkmale der Nummern 1 - 3 erfüllen. Ebenso kann es Angestellte geben, die zwar ein Tatbestandsmerkmal der Nummern 1 - 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllen, für die aber trotzdem das Betriebsverfassungsgesetz gilt, weil sie nicht durch die Merkmale des vorgegebenen Oberbegriffs qualifiziert sind. Erst die Kumulation der beiden Merkmale begründet die Stellung eines Arbeitnehmers als "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG [2].

Die Ansicht, § 5 Abs. 3 BetrVG setze einen vorgegebenen Oberbegriff voraus, führt zu der Schwierigkeit, daß der Inhalt dieses Begriffs definiert werden muß. Diese Schwierigkeit beginnt mit der Suche nach einer eventuell geeigneten Quelle [3] für den Begriff und mit der Festlegung der Auslegungskriterien. Weiterhin ist darauf zu achten, daß eine juristische Definition nicht durch verschiedene, zum Beispiel im jeweiligen Verbandsinteresse motivierte, subjektive Ansichten beeinflußt wird.

---

2) Hartmann/Bock-Rosenthal/Helmer, S. 27; Nozar S. 2o;

3) zu den möglichen Quellen s.: Hueck, RdA 1953, 441; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 121 ff.; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 385; BAG NJW 1974, 966

b) Wenn die Ansicht, § 5 Abs. 3 BetrVG enthalte eine abschließende Legaldefinition des Begriffs des "leitenden Angestellten", richtig ist, dann ist aber die Gesetzesformulierung "...leitende Angestellte, wenn sie (eines der Merkmale der Nummern 1 - 3 erfüllen)" falsch oder zumindest irreführend, so daß man dann einen Redaktionsfehler des Gesetzgebers annehmen müßte.

Denn das den Nebensatz einleitende Wort "wenn" könnte dann nicht bedeuten, daß weitere Voraussetzungen vorliegen müssen; es könnte sich dann hier also nicht um einen Bedingungssatz handeln, vielmehr wollte der Gesetzgeber dem Gesetz die Aussage eines Relativsatzes zugedacht haben. Der vorausgestellte Begriff "leitender Angestellter" wäre dann synonym oder identisch mit den Einzelmerkmalen der Nummern 1 - 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG [4]. Es müßte also richtiger oder besser formuliert an dieser Stelle heißen: " ... leitende Angestellte sind die Personen, die eines der Merkmale der Nummern 1 - 3 aufweisen" [5].

Nach der Ansicht, § 5 Abs. 3 BetrVG enthalte eine erschöpfende Beschreibung des betriebsverfassungsrechtlichen Begriffs des "leitenden Angestellten" ist dieser Personenkreis sehr groß und different, wie sich an Hand einiger Beispiele leicht demonstrieren läßt:

---

4) vgl. z.B. Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 383 ff., der insofern von einer "tautologischen Fassung" spricht;

5) s. auch Rose, AuR 1972, 314

aa) Zu: § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG

In Großbetrieben werden Arbeitnehmer häufig nur durch Personalabteilungen sowohl eingestellt als auch entlassen. Daß die Anforderungen oder Freigaben von Personal von den Einzelabteilungen ausgelöst werden, spielt praktisch keine Rolle. Insgesamt läßt sich aber meist eine Selbständigkeit der Entscheidung einzelner Angestellter nicht mehr feststellen, die den einzelnen Angestellten als "Leitenden" gemäß der Nummer 1 des § 5 Abs. 3 BetrVG qualifizieren würde.

Dagegen kann zum Beispiel ein Polier einer abseits gelegenen Baustelle berechtigt sein, Arbeitskräfte selbständig einzustellen oder zu entlassen. Dieser Polier wäre daher "leitender Angestellter" im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG [6].

bb) Zu § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG

Die Prokura eines angestellten Kaufmannes, die für einen eng begrenzten Bereich erteilt wird, qualifiziert diesen Angestellten zum "leitenden Angestellten" im Sinne der Nummer 2 des § 5 Abs. 3 BetrVG. Demgegenüber wäre ein Mitarbeiter in einem größeren Betrieb, dem ein vergleichsweise ähnlicher oder noch größerer Aufgabenbereich zugewiesen, aber keine Prokura erteilt ist, nicht "leitender Angestellter" im Sinne der Nummer 2 des § 5 Abs. 3 BetrVG.

6) gegen diese "Schulbeispiele" ausdrücklich Föhr, DB 1974, 1769 mit Verweis auf den Beschluß des BAG v. 5. März 1974, BAG NJW 1974, 965. Allerdings ist zu beachten, daß Föhr ein Gegner der hier skizzierten Ansicht und ein Anhänger der Ansicht ist, § 5 Abs. 3 BetrVG setze einen vorgegebenen Oberbegriff voraus.

Besonders problematisch ist in diesem Zusammenhang die Stellung des sogenannten "Titularprokuristen". Es stellt sich die Frage, ob auch der altgediente Mitarbeiter eines Betriebs, dem ehrenhalber der Titel eines "Prokuristen" zuerkannt worden ist, "leitender Angestellter" im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG ist.

Allerdings wird teilweise sogar behauptet, eine bloße "Titularprokura" gäbe es gar nicht, sondern auch die Prokuraerteilung, die gemeinhin als Titularprokura" bezeichnet wird, habe einen "echten organisatorischen Sinn, der sich nicht in der persönlichen Ehrung erschöpft". Dem Angestellten soll auch in diesem Fall eine "Sonderstellung eingeräumt sein, die den leitenden Angestellten kennzeichnet" 7).

Auch bei der "Titularprokura" treten die Wirkungen des § 49 HGB mit der Einschränkung des § 49 Abs. 2 HGB im Hinblick auf das Außenverhältnis ein 8), aber diese Prokura ist in der Regel -zulässigerweise- im Innenverhältnis vertraglich beschränkt, so daß der Titularprokurist" die Prokura gar nicht ausüben darf 9). Wegen dieser internen Beschränkung des "Titularprokuristen" wird vielfach angenommen, es läge keine "echte" Prokura vor, § 5 Abs. 3 Nr.2 BetrVG sei nicht erfüllt 1o).

---

7) vgl. dazu z.B. Nozar, S. 136 ff.;

8) Gaul, DB 1961, 271

9) Boldt, S. 25 ff.; Gaul, DB 1961, 271

1o) Rose, AuR 1972, 314; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 25; vgl. auch Boldt, S. 28 m.w.N.; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 114; Brecht, § 5 Rdn. 23; differenzierend Nozar, S. 137;

Diese Argumentation erscheint allerdings zweifelhaft. Denn wie die Analyse der Prokura zeigt , steht bei dieser Vertretungsregelung das Außenverhältnis im Vordergrund. Hinsichtlich des Außenverhältnisses ist die Prokura weder vertraglich noch auf sonstige Weise im Umfang einschränkbar, § 5o Abs. 1 HGB. Es spielt im Außenverhältnis überhaupt keine Rolle, aus welchen rechtlichen, wirtschaftlichen oder sogar privaten und persönlichen Gründen die Prokura erteilt wurde und ob laut interner Vereinbarung die Prokura nicht ausgeübt werden darf. Da auch ein "Titularprokurist" im Außenverhältnis auftreten und handeln kann wie jeder andere Prokurist, ist es nicht gerechtfertigt, wegen der internen Beschränkung von einer "unechten Prokura" zu sprechen. Vielmehr erscheint es zunächst nur gerechtfertigt -da § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG denselben Begriff wie § 49 HGB benutzt-, die "Titularprokura" rechtlich so zu behandeln wie jede andere Prokura; dementsprechend müßte auch die "Titularprokura" als ausreichend für das Tatbestandsmerkmal "Prokura" des § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG angesehen werden [11], wenn man der Meinung folgt, § 5 Abs. 3 BetrVG beschreibe den Begriff des "leitenden Angestellten" abschließend.

---

11) Den "Titularprokuristen" sehen als leitenden Angestellten zum Beispiel an: Dietz, § 4 Rdn. 6o; Erdmann, § 4 Anm. 7; Haberkorn, ArbGeb 1962, 156; Neumann-Duesberg, S. 154 ("... aber betriebsverfassungsrechtlich ist der Titularprokurist konsequenterweise zu den leitenden Angestellten im Sinne des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 zu zählen"); Stege/Weinspach, S. 39; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 13; dagegen aber z.B. Koch, BB 1952, 265 ff.; Weyrich, BB 1953, 354; Steinmann, BABl 1954, 4o1

Es wäre nur dann im Rahmen der hier dargestellten Ansicht gerechtfertigt, einen "Titularprokuristen" nicht als "leitenden Angestellten" gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG anzusehen, wenn die Gesetzesauslegung ergeben sollte, daß wegen der verschiedenen Zwecke des Handelsrechts und des Betriebsverfassungsrechts der im Betriebsverfassungsgesetz benutzte Begriff "Prokura" nicht identisch ist oder sein soll mit demselben Begriff im Handelsgesetzbuch, wenn also nachgewiesen werden könnte, daß es Prokuristen "im Sinne des Handelsrechts" und Prokuristen "im Sinne des Betriebsverfassungsrechts" gibt.

cc) Zu § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG

Besonders aber an Hand der Merkmale der Nummer 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG wird deutlich [12], daß die Ansicht, § 5 Abs. 3 BetrVG enthalte eine abschließende Legaldefinition, zu einem großen und differenten Personenkreis der leitenden Angestellten führt [13].

Die Tatbestandsmerkmale "eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung, die dem Angestellten regelmäßig wegen deren Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden", lassen sich zunächst zwanglos bejahen bei einem hochqualifizierten Forscher, der weder fachliche Vorgesetzte noch Kollegen in der gleichen Abteilung

---

12) vgl. auch Rose, AuR 1972, 315; zu d. Merkmalen d. Nr. 3 s. auch Nozar, S. 14o ff.

13) vgl. BAG NJW 1974, 966

hat, und der durch seine Forschungsergebnisse die Produktion beeinflußt [14].

Allerdings läßt sich auch unschwer die Stellung als "leitender Angestellter" gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG zum Beispiel bei einem technischen Zeichner in einem Betrieb bejahen, der allein zur Erstellung technischer Zeichnungen, die für die Produktion erforderlich sind, zuständig ist. Er fertigt Zeichnungen zwar nach bestimmten Angaben an, ist aber für seine Arbeit "eigenverantwortlich". Die Anfertigung technischer Zeichnungen wurde dem Angestellten übertragen "wegen seiner besonderen Kenntnisse und Erfahrungen", und seine Arbeitsergebnisse sind "von besonderer Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs" [15].

---

14) Gerade die Forscher in der chemischen Industrie werden häufig generell als leitende Angestellte angesehen, vgl. z.B. Fischer, DB 1972, 438; a.M. aber z.B. Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 26

15) Ein weiteres, ähnliches Beispiel hinsichtlich eines Computerfachmannes ist zu finden bei Rose, AuR 1972, 315

2.) Grammatische Auslegung

Der Streit, ob § 5 Abs. 3 BetrVG einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt oder ob § 5 Abs. 3 BetrVG den Begriff des "leitenden Angestellten" selbständig und abschließend definiert, entzündete sich an der gesetzlichen Formulierung: "... auf leitende Angestellte, wenn sie ..." [1]. Letztlich streitig sind also erstens die Bedeutung des Wortes "wenn" und zweitens die grammatische Einordnung des durch das Wort "wenn" eingeleiteten Nebensatzes.

a) Sinn und Bedeutung im allgemeinen Sprachgebrauch

Aus der Sicht des allgemeinen Sprachgebrauchs stellt das Wort "wenn" hier besondere Voraussetzungen auf, die zusätzlich zu dem im Hauptsatz enthaltenen Tatbestandsmerkmal "leitender Angestellter" vorhanden sein müssen. Die Grammatik bezeichnet das Wort "wenn" in diesem Fall als "konditionale, unterordnende Konjunktion" [2]. Diese Konjunktion leitet einen Konditionalsatz (Bedingungssatz) ein: der mit "wenn" beginnende Nebensatz gibt "die Bedingung an, unter der das im übergeordneten Satz genannte Geschehen oder Sein sich vollzieht" [3].

---

1) vgl. z.B. Boldt, S. 13

2) Duden, Grammatik, S. 337

3) Duden, Grammatik, S. 564; sinngemäß auch Nozar, S. 31;

Der klare Wortlaut des § 5 Abs. 3 BetrVG an dieser Stelle läßt also grammatisch nur die Deutung zu, daß neben einem vorausgesetzten Oberbegriff des "leitenden Angestellten" noch die besonderen Tatbestandsmerkmale der Nummern 1 bis 3 vorliegen müssen, daß § 5 Abs. 3 BetrVG also keine abschließende Lagaldefinition enthält [4].

b) Mögliche Existenz eines "speziellen Sprachgebrauchs des Gesetzgebers"

Wenn die Gegner des Ergebnisses der gerade vorgenommenen grammatischen Auslegung behaupten, der Wortlaut des § 5 Abs. 3 BetrVG rechtfertige diese Deutung nicht [5], so ist dies eine Meinungsäußerung, die näher begründet werden müßte. Aber welche grammatischen Bedeutungen das Wort "wenn" und der von diesem Wort eingeleitete Nebensatz "in Wirklichkeit" haben , wird von letztgenannten Autoren nicht offengelegt. Die Vertreter dieser Ansicht müßten aber beweisen, daß die Gesetzesformulierung hier auf einem redaktionellen Versehen beruht. Die "irrtümliche Fassung" als Konditionalsatz müßte dann berichtigend gelesen heißen: "leitende Angestellte sind die Arbeitnehmer, die ...". Es müßte also bewiesen werden, daß der Gesetzgeber in Wirklichkeit die Aussage eines Relativsatzes

---

4) so auch Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 27; Boldt, S. 13; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 133; Rose, AuR 1972, 314; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn.21; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 5 Rdn. 5; Raatz, DB 1972, Beil. 1, S. 2; Nozar, S. 31;

5) so z.B. Janert, DB 1974, 286; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 11;

beabsichtigte, und daß das Wort "wenn" hier also die Bedeutung eines Relativpronomens haben sollte und nicht die einer konditionalen Konjunktion.

Ein solcher Beweis könnte eventuell dann gelingen, wenn sich hier ein "spezieller Sprachgebrauch des Gesetzgebers" [6] feststellen ließe, der den allgemeinen Sprachgebrauch ersetzen würde, nach dem ja hier ein Konditionalsatz und eine konditionale Konjunktion vorliegen. Für die Annahme eines "speziellen Sprachgebrauchs des Gesetzgebers", der sich nicht am allgemeinen Sprachgebrauch orientiert, sind aber keine Anhaltspunkte vorhanden. Im Rahmen der grammatischen Auslegung ist es also nicht gerechtfertigt zu behaupten, § 5 Abs. 3 BetrVG enthalte einen Relativsatz oder einen Satz, der die gleiche Aussage hat wie der oben formulierte Relativsatz.

c) Auswirkung des eventuellen Nichtvorhandenseins eines allgemeinen Oberbegriffs auf die grammatische Auslegung

Im Rahmen der grammatischen Auslegung ist die Frage nach dem Inhalt eines vorgegebenen Oberbegriffs des leitenden Angestellten zur Ermittlung der Konzeption des § 5 Abs. 3 BetrVG bedeutungslos. Die Wortauslegung ist zwar nur ein Element der Hermeneutik und beansprucht im übrigen auch nicht Priorität vor anderen Möglichkeiten der Auslegung; andere Auslegungskriterien können durchaus dazu veranlassen, mit guten Gründen

---

6) Larenz, Methodenlehre, S. 302

vom Wortlaut einer Norm abzuweichen. Jedoch bei der hier vorab angestellten Wortbetrachtung, deren Ergebnis mit Hilfe anderer Auslegungselemente kontrolliert und gegebenenfalls korrigiert werden muß, wäre ein Abweichen vom Wortlaut des § 5 Abs. 3 BetrVG auch dann nicht gerechtfertigt, wenn es einen allgemeinen Oberbegriff des leitenden Angestellten nicht gäbe, wie die Vertreter der Meinung, § 5 Abs. 3 BetrVG enthalte eine abschließende Legaldefinition, behaupten [7]. Denn wenn die grammatische Deutung dazu führt, daß ein Bedingungssatz vorliegt, kann es keinen Einfluß auf die grammatische Konzeption der Norm haben, ob die Bedingung oder der bedingte Begriff existieren oder nicht.

d) Ergebnis

Als Ergebnis der grammatischen Auslegung ist also festzuhalten, daß § 5 Abs. 3 BetrVG einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, daß also das Gesetz hier keine abschließende Legaldefinition des Begriffs des "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes enthält.

---

7) s. hierzu Beuthien, SAE 1974, 175, der dort ausdrücklich sagt: "Also existiert offenbar kein allgemeiner Begriff des leitenden Angestellten. Was aber nicht besteht, kann kaum im Gesetz vorausgesetzt sein.

3.) Systematische Auslegung

Der Inhalt eines Gesetzes oder Rechtssatzes kann möglicherweise aus der Stellung dieses Gesetzes oder Rechtssatzes im gesamten Rechtssystem oder auch in einem speziellen Bereich des Rechtssystems entnommen werden [8].

Auch das Betriebsverfassungsgesetz hat eine bestimmte Funktion und Stellung innerhalb des gesamten Rechtssystems und auch speziell im Bereich des Arbeitsrechts. Der Zusammenhang des Betriebsverfassungsgesetzes mit den anderen Gesetzen, ins besondere mit den arbeitsrechtlichen Gesetzen, die Vorschriften über "leitende Angestellte" enthalten [9], gibt keinen Aufschluß darüber, ob § 5 Abs. 3 BetrVG den Begriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt oder ihn abschließend definiert. Zwar setzen die anderen arbeitsrechtlichen Sonderbestimmungen für "leitende Angestellte" nach wohl herrschender Ansicht jeweils einen allgemeinen Begriff des "leitenden Angestellten" voraus, [9a] das läßt aber nicht den zwingenden Schluß zu, daß das auch bei § 5 Abs. 3 BetrVG der Fall ist. Denn jedes Gesetz legt für seinen Anwendungsbereich den Personenkreis der "leitenden Angestellten" anders fest, da jeweils ein anderer Zweck verfolgt

---

8) vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 3o5 ff.

9) § 1 Abs. 2 Nr. 2 AZO; § 14 Abs. 2 KSchG; § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG; § 16 Abs. 4 Nr. 4 SGG; § 3 Abs. 1 AVG

9a) vgl. z.B. Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 2o f.; Boldt, S. 8

wird [10]; es gibt also keinen einheitlichen Begriff des "leitenden Angestellten" in der Gesetzgebung, wie oben schon dargelegt wurde [11].

Da es keinen solchen einheitlichen Begriff gibt, kann auch nicht unter Zugrundelegung der Gesetzessystematik gesagt werden, daß alle Sonderbestimmungen für "leitende Angestellte" gleich konzipiert seien. Die systematische Betrachtung des § 5 Abs. 3 BetrVG klärt also nicht die Frage, ob diese Norm einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt oder den betriebsverfassungsrechtlichen Begriff des "leitenden Angestellten" abschließend beschreibt.

4.) Historische Auslegung

Der Meinungsstreit, ob § 5 Abs. 3 BetrVG einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt oder ob hier dieser betriebsverfassungsrechtliche Begriff gesetzlich definiert wird, bestand schon in gleicher Weise wegen der insofern gleichlautenden Formulierung zur Zeit der Geltung des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952. Dem Gesetzgeber war dieser Streit bekannt, wie unterstellt werden muß [12]. Trotzdem wurde aber im Gesetzgebungsverfahren nirgends expressis verbis zu diesem Problem Stellung genommen [13].

---

10) Wiedemann, RdA 1972; Nozar, S. 32 ff.;

11) vgl. oben, § 2, II, 1 c; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 385; Janert, DB 1974, 286; Wiedemann, RdA 1972, 213; Hoffmann, NJW 1974, 1162; Mayer-Maly, BB 1974, 1125; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn.2o; BAG NJW 1974, 966; auch schon Hueck, BB 1954, 536 ff.; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 128; Packebusch, BB 1964, 42 ff.; Nozar, S. 32 ff.;
(Forts. nächste Seite)

a) Schweigen des Gesetzgebers als mögliche Stellungnahme

Mangels einer ausdrücklichen Stellungnahme des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren gelangten einige Autoren zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber sich somit der bisher im Rahmen des § 4 Abs. 2 a BetrVG 1952 herrschenden Meinung anschließen wollte [14], also der Meinung, es werde ein Oberbegriff vorausgesetzt.

Diese Behauptung muß aber zurückgewiesen werden. Es ist unzulässig, dem Gesetzgeber zu unterstellen, sich immer dann bei der Novellierung eines Gesetzes der vorher bestehenden herrschenden Meinung angeschlossen zu haben, wenn er ein bestimmtes, ihm bekanntes, Problem weder erörtert [15] noch definitiv gelöst hat. Der Gesetzgeber brauchte sonst die durch Gesetz zu regelnden Gegenstände nur oberflächlich oder andeutungsweise zu normieren, den eigentlichen Inhalt der Gesetze würde dann jeweils eine schon vor dem Gesetzgebungsverfahren existierende herrschende Meinung bilden. Damit würde den Gerichten zugleich die notwendige Flexibilität bei der Anwendung der Gesetze genommen, wenn bei jeder Novellierung der jeweilige "status quo" des Meinungsstands als Wille des Gesetzgebers fixiert würde.

---

12) Rose, AuR 1972, 314 und dort Fußn. 55; Nozar, S.45

13) Boldt, S. 13; Rüthers/Stindt, BB 1972, 976; Nozar, S. 36 f.;

14) s.o. § 2. I, 2 a; vgl. auch Boldt, S. 13; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 383; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 21; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 98

15) s. dazu Boldt, S. 13; Rüthers/Stindt, BB 1972, 976; Nozar, S. 36 f.;

b) Der Bericht des Ausschusses für "Arbeit und Sozialordnung"

In dem schriftlichen Bericht des beim Gesetzgebungsverfahren federführenden Ausschusses für "Arbeit und Sozialordnung" ist die Bemerkung zu finden, daß "der Begriff des leitenden Angestellten neu (gegenüber § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 [16]) gefaßt [17]) werden sollte.

Aus dieser Bemerkung und aus der Tatsache, daß in dem Bericht nur Erörterungen der Kriterien der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG zu finden sind, jedoch keine Stellungnahmen zu einem vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten", schlossen einige Autoren, daß § 5 Abs. 3 BetrVG nunmehr eine abschließende Legaldefinition enthalte [18]).

Diese Äußerung, daß der"Begriff des leitenden Angestellten neu gefaßt" werden sollte, läßt aber nicht ohne weiteres die Deutung zu, daß nunmehr das Gesetz den Begriff abschließend definieren sollte, obwohl der Bericht des Ausschusses nur Stellungnahmen zu den einzelnen Merkmalen der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG enthält. Vielmehr bedeutet diese Äußerung nur, daß der Begriff des "leitenden Angestellten" nunmehr wegen

---

16) Anm. d. Verfassers

17) neu BT-Drucks. VI/2729 S. 11

18) s. o., § 2, I, 2 b; Göbel, BlStSozArbR 1972, 48; Grüll, RdA 1972, 172; Kraft, in Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 5 Rdn. 3o; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 98 ff.; Janert, DB 1974, 286

des Wegfalls des Merkmals des "persönlichen Vertrauens des Arbeitgebers" objektiver im Gegensatz zu § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 zu bestimmen ist [19]. Keineswegs hat sich der Ausschuß damit auf eine abschließende Legaldefinition festgelegt, sondern er wollte nur das Gesetz im Gegensatz zur vorhergehenden Regelung leichter justitiabel machen, indem er den Status des "leitenden Angestellten" objektiv von dessen Funktion abhängig machte.

Insbesondere sollten die Tatbestandsmerkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG in Relation zur früheren Regelung objektiver sein. Sollte aber der weitere Verlauf dieser Untersuchung ergeben, daß § 5 Abs. 3 BetrVG einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, so bezieht sich die im Bericht des Ausschusses für "Arbeit und Sozialordnung" enthaltene Äußerung auch auf den vorgegebenen Oberbegriff. Auch dieser wäre dann im Gegensatz zu § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 objektiv und von der Funktion abhängig zu bestimmen.

c) Die amtliche Gesetzesbegründung

In der amtlichen Gesetzesbegründung [2o] zu der gesetzlichen Bestimmung des Personenkreises der

---

19) zu dieser Objektivierung z.B. Grüll, BB 1974, 653 m.w.N.; Nozar, S. 139;

2o) BR-Drucks. 715/7o, S. 34; BT-Drucks. VI/2729, S. 11

"leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsrechts heißt es wörtlich: "Danach gehören zu diesem Personenkreis diejenigen leitenden Angestellten, die ... (eines der Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BetrVG erfüllen)".

Diese amtliche Stellungnahme ist zur Argumentation benutzt worden, es handele sich bei der Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG um eine abschließende Legaldefinition [21]. Diese Argumentation verkennt aber den Inhalt dieser amtlichen Begründung. Offensichtlich wird nämlich in dieser amtlichen Begründung davon ausgegangen, daß § 5 Abs. 3 BetrVG einen vorgegebenen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, der durch die zusätzlichen Tatbestandsmerkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG eingeschränkt wird [22]. Sonst würde und dürfte es nämlich nicht heißen: Zu diesem Personenkreis gehören "die leitenden Angestellten, die ...", sondern es müßte heißen: "Zum Kreis der leitenden Angestellten gehören diejenigen Angestellten, die eines der Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllen. Denn es muß angenommen werden, daß der Verfasser der amtlichen Gesetzesbegründung, die das Gesetz erläutern soll, die Grammatik der deutschen Sprache beherrscht, und daß also diesem

---

21) Kraft, bei Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 5 Rdn. 3o

22) dagegen aber Grüll, RdA 1972, 172; Göbel, BlSt-SozArbR 1972, 48; a.M. Nozar, S. 37,38

Verfasser der Unterschied bekannt ist zwischen der Formulierung "leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind die leitenden Angestellten, die ..." und der Formulierung "leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind die Angestellten, die ...". Im ersten Fall wird eindeutig etwas vorausgesetzt, im zweiten eindeutig etwas definiert.

d) Zusammenfassung und Ergebnis

Die als Konditionalsatz formulierte Wendung "leitende Angestellte, wenn sie ..." beruht also nicht auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers, so daß es berichtigend gelesen im Gesetz lauten müßte: "leitende Angestellte sind diejenigen Angestellten, die ...", sondern die Diktion der offiziellen Stellungnahmen in den Gesetzesmaterialien [23)] ist identisch mit der heutigen Gesetzesfassung. Es wurde erkennbar im Gesetzgebungsverfahren ein allgemeiner Oberbegriff des "leitenden Angestellten" vorausgesetzt, zu dem noch ein Tatbestandsmerkmal der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG hinzutreten muß, um einen Angestellten als "leitenden Angestellten" vom Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes auszuschließen [23 a)]. Die Gesetzesmaterialien rechtfertigen dagegen nicht den Schluß,

---

23) BT-Drucks. VI/2729, S. 11; BR-Drucks. 715/7o, S. 34

23a) vgl. auch Nozar, S. 37 ff.;

daß § 5 Abs. 3 BetrVG eine abschließende Legaldefinition des "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes enthält.

5.) Teleologische Auslegung

Wenn auch die Auslegung mit Hilfe der grammatischen und der historischen Auslegungselemente zu einem eindeutigen Ergebnis gelangt, so kann das gefundene Ergebnis nur dann aufrecht erhalten bleiben, wenn es mit dem Zweck des Betriebsverfassungsgesetzes und der speziellen Norm des § 5 Abs. 3 BetrVG in Einklang zu bringen ist. Denn "welchen Inhalt der Gesetzgeber (oder ein Gesetzesverfasser) dem Gesetz gibt, hängt in erster Linie davon ab, welche Zwecke er verfolgt ..."[24], ohne daß hiermit aber ausgedrückt sein soll, es gebe eine feste Rangordnung der Auslegungskriterien.

a) Früher war das Betriebsleben beherrscht von der alleinentscheidenden Position des Arbeitgebers [25]. Seine Machtbefugnisse innerhalb des Betriebs waren -jedenfalls nicht durch Rechtsnormen mit dem Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer- fast nicht beschränkt oder beschränkbar.

Mit Blick auf diese Situation war es das Ziel des Betriebsverfassungsgesetzgebers, die

---

24) Larenz, Methodenlehre, S. 311; zur teleologischen Auslegung s. auch German, S. 8o ff.;

25) vgl. dazu Hueck/Nipperdey (II/2), S. 1o63

souveräne Direktionsbefugnis des Arbeitgebers zu beschränken [26], die monokratische Struktur der Betriebe zu beseitigen und ein auf den Gedanken der "Partnerschaft" und der "vertrauensvollen Zusammenarbeit" [27] basierendes Zusammenleben herbeizuführen. Das Betriebsverfassungsgesetz ist nach dem legislatorischen Zweck eine "konfliktheminende Friedensordnung" [28] und vor allem ein Schutzrecht [29] des innerhalb der "Interessenpolarität" [3o] zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sozial schwächeren Arbeitnehmers.

Von den Wirkungen des Betriebsverfassungsgesetzes ausgenommen sind aber durch die Regelung des § 5 Abs. 3 BetrVG die "leitenden Angestellten". Folglich haben diese Personen, obwohl auch sie vom Betriebsverfassungsgesetz als Arbeitnehmer angesehen und anerkannt werden [31], weder das aktive noch das passive Wahlrecht zum Betriebsrat noch werden ihre Interessen vom Betriebsrat vertreten noch haben sie sonst eine gesetzlich verankerte Möglichkeit, in dem Umfang und in der Art wie die übrigen Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen.

Das Betriebsverfassungsgesetz räumt somit den "leitenden Angestellten" eine Sonderstellung ein.

---

26) vgl. Nikisch, (III), S. 13

27) BR-Drucks. 715/7o, S. 33

28) so Borgwardt, BB 1971, 11o7

29) Schaub, Der Betriebsrat, S. 21; BAG NJW 1974, 967; Nozar, S. 124

3o) BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1974, 23o7 = DB 1975, 4o6; Nozar, S. 12o

31) s. z.B. Mayer-Maly, BB 1974, 1127; Galperin, Leitfaden, S. 2o

Für die "leitenden Angestellten" bedeutet das eine Schlechterstellung gegenüber den anderen Arbeitnehmern, da für sie, die "leitenden Angestellten", das Schutzrecht des Betriebsverfassungsgesetzes nicht gilt [32]. Im folgenden wird es daher Aufgabe sein, die Motivation des Gesetzgebers hinsichtlich der Sonderbehandlung der "leitenden Angestellten" zu ermitteln, um festzustellen, ob der Gesetzgeber den mit der Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG angestrebten Zweck mit einer "abschließenden Legaldefinition" oder mit einem "vorgegebenen Oberbegriff" des "leitenden Angestellten" erreichen konnte.

b) Jeder Betrieb und jedes Unternehmen besteht -auf die vorhandenen Personen abgestellt- aus dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern; nach alter, aber heute noch häufig anzutreffender Terminologie werden diese Personen in die Faktoren "Kapital" (Arbeitgeber) und "Arbeit" (Arbeitnehmer) [33] unterteilt. Da das "Kapital" gegenüber der "Arbeit" andere, ja kontroverse Interessen hat, entsteht die Polarität von Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft. Jedoch ist seit langem anerkannt, daß diese beiden Faktoren nicht immer exakt voneinander zu trennen sind [34], und zwar nicht nur dort, wo der Arbeitgeber eine Körperschaft oder eine sonstige Personengesamtheit ist, sondern

---

32) BAG NJW 1974, 967

33) s. dazu Broich, in Festschr. VAA, S. 2o ff.; Vester, in Festschr. VAA, S. 27 ff.;

34) vgl. z.B. Vester, in Festschr. VAA, S. 26 (28);

auch dort, wo der Arbeitgeber eine einzelne natürliche Person ist. Denn oft ist es dem Arbeitgeber gar nicht mehr möglich, allein seine Aufgabe als Unternehmer wahrzunehmen. Er muß bestimmte Aufgaben, die grundsätzlich in den unternehmerischen Funktionsbereich fallen, auf andere Personen delegieren, nämlich auf die "leitenden Angestellten" [35]. Diese Delegationsempfänger sind zwar Arbeitnehmer [36], jedoch funktional gesehen haben sie mehr Affinität zum Arbeitgeber als zu den Arbeitnehmern. Daher lassen sie sich weder eindeutig dem Faktor "Kapital" noch eindeutig dem Faktor "Arbeit" zuordnen.

Diese Personen haben zwar gewisse Teilinteressen gemeinsam mit den übrigen Arbeitnehmern [37], zum Beispiel die Sorgen um den Arbeitsplatz und um eine angemessene Bezahlung, das Interesse an einer vernünftigen Urlaubsregelung und Interesse an den Sozialeinrichtungen des Unternehmens, aber ihre Funktion im Betrieb bedingt insgesamt eine differenzierte Interessenlage gegenüber der der übrigen Arbeitnehmer (aber auch gegenüber der des Arbeitgebers) [38]. Die funktionale Nähe zum Arbeitgeber bedeutet für die leitenden Angestellten zum Beispiel, daß sie kaum oder kein Interesse daran haben, daß der Betriebsrat Mitbestimmungs-

---

35) s. Broich, in Festschr. VAA, S. 22

36) Vester, in Festschr. VAA, S. 28; Krüger-Vorndamme, S. 9; Rüthers, BB 1972, 1105; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 19; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 5 Rdn.4; Stege/Weinspach, S. 39; Siebert, § 5 Anm.zu Abs.3

37) Krüger-Vorndamme, S. 9

38) vgl. z.B. Ballerstedt, ZRP 1974, 293

funktionen hinsichtlich ihres Arbeitsplatzes und ihrer persönlichen Arbeitsbedingungen hat; die Flexibilität ihrer Tätigkeit soll nicht durch verbindliche Arbeitszeitregelungen eingeschränkt werden, und bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG) kann das hinsichtlich der übrigen Arbeitnehmer bestehende Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats den leitenden Angestellten geradezu lästig sein. Wenn auch die leitenden Angestellten -wie schon gesagt- gleichermaßen wie die übrigen Arbeitnehmer Sorgen um eine angemessene Bezahlung haben, so haben sie doch Interesse an einer individuell gestalteten Entlohnung, die unabhängig ist von der allgemeinen tarifvertraglichen Lohngestaltung und auch unabhängig ist von dem Mitbestimmungsrecht, das der Betriebsrat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1o BetrVG in den Grenzen der tarifvertraglichen Lohngestaltung bei der Frage der betrieblichen Lohnfindung hat. Die leitenden Angestellten müssen daher als "dritte Kraft", "dritte Gruppe" oder "Zwischengruppe" im Wirtschaftsleben bezeichnet werden [39].

Es sind also in den Betrieben und Unternehmen zunächst die beiden Faktoren "Kapital" und "Arbeit"

---

39) Höcker, BB 1953, 682; Vester, in Festschr. VAA, S. 28; Krüger-Vorndamme, S. 9; Borgwardt/Steffen, RdA 1973, 75; Borgwardt, BB 1971, 11o5; Weiß, Union 1958, 64; Kleine, Karl-Heinz, Union 1952, 154; ULA-Schrift Nr. I -.3/122. 185; Halberstadt/Zander, S. 68; Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 97 ff.; Höpp, RdA 196o, 175; Hartmann/Bock-Rosenthal/Helmer, S. 15o; Herrmann, BB 1974, 934; Mayer-Maly, BB 1974, 1124;

und daraus folgend die Polarität "Arbeitgeber-Arbeitnehmer" vorhanden. Aber funktional ist ein dritter Faktor erkennbar: neben oder zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer steht funktional die Gruppe der "leitenden Angestellten" [4o].

c) Der Gesetzgeber hat durch die Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG zu erkennen gegeben, daß er der Tatsache Rechnung tragen wollte, daß sich die Gruppe der "leitenden Angestellten" funktional, organisatorisch, bewußtseinsmäßig [41] und soziologisch von den übrigen Arbeitnehmern (aber auch vom Arbeitgeber) abhebt [42]. Er hat dieser Gruppe betriebsverfassungsrechtlich eine Sonderstellung eingeräumt, da der Inhalt des Betriebsverfassungsgesetzes nur auf die Polarität "Arbeitgeber-Arbeitnehmer" zugeschnitten ist, nicht aber auch auf die Existenz der dritten Gruppe der "leitenden Angestellten".

Die legislatorische Intention, die "leitenden Angestellten" betriebsverfassungsrechtlich besonders zu behandeln, das heißt, sie vom persönlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes

---

4o) Herrmann, BB 1974, 935; Vester, in Festschr. VAA, S. 28, bezeichnet dies als "dreidimensionale Wirtschaftsstruktur";

41) S. zum Selbstverständnis der leitenden Angestellten das Ergebnis der Umfrage, durchgeführt vom Institut f. Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Westf.-Wilhelms-Universität Münster (Prof. Dr. Hartmann); das Umfrageergebnis ist wiedergegeben bei Niedenhoff, ArbGeb. 1973, 139; befragt wurden insgesamt 3o5 "leitende Angestellte" aus 12 Betrieben mit unterschiedlicher Belegschaftsgröße und der verschiedenen Branchen; ca. 5o % der Befragten hielten sich für eine "dritte Gruppe zwischen Arbeitgeber und

(Forts. nächste Seite)

auszunehmen, legte den Gesetzgeber aber nicht von vornherein auf eine bestimmte Art der Gesetzesformulierung fest. Es war einerseits möglich, § 5 Abs. 3 BetrVG als abschließende Legaldefinition zu konzipieren als andererseits auch als Norm, die einen vorgegebenen Oberbegriff durch zusätzliche Merkmale eingrenzt. Zwar durfte der Gesetzgeber wegen des auch an ihn adressierten Willkürverbots des Art. 3 GG [43] nicht willkürlich eine Gruppe von Arbeitnehmern vom Betriebsverfassungsgesetz als Schutzrecht [44], das die Position der Arbeitnehmer in der betrieblichen Polarität stärkt und ihnen Mitbestimmungsfunktionen zuweist, ausschliessen, andererseits gestattet Art. 3 GG aber, sachgemäße Differenzierungen vorzunehmen. Daher konnte der Gesetzgeber ohne Verstoß gegen das Willkürverbot des Art. 3 GG zwischen "leitenden Angestellten" und anderen Arbeitnehmern unterscheiden, ohne daß er gehalten war, abschließend den Kreis der "leitenden Angestellten" zu definieren oder einen Oberbegriff vorauszusetzen, der durch spezielle Merkmale eingeschränkt wird.

d) Nach alledem dürfte entscheidend sein für die Frage, ob der Begriff des "leitenden Angestellten" in

---

(Forts. v. S. 11o)

Arbeitnehmer, während nur 25 % sich zu den Arbeitgebern zählten und nur 6 % zu den Arbeitnehmern.

42) Galperin, Leitfaden, S. 2o; Borgwardt, BB 1971,11o;

43) herrschende Meinung, z.B. Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 3 Rdn. 7; Leibholz/Rinck, GG, Art. 3 Anm. 9

44) vgl. dazu BAG NJW 1974, 967

§ 5 Abs. 3 BetrVG abschließend definiert oder als Oberbegriff vorausgesetzt ist, daß der Gesetzgeber einerseits die "leitenden Angestellten" als Personengruppe vom Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ausgeschlossen hat, andererseits jedoch nicht mehr innerhalb dieser Gruppe der "leitenden Angestellten" unterschiedliche Rechtsfolgen angeordnet, sondern die "leitenden Angestellten" als Personenkreis gleichbehandelt hat. Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber von einer Homogenität der "leitenden Angestellten" ausgegangen ist. [45)]

Diese Homogenität darf in diesem Zusammenhang nicht mit "Identität" verwechselt werden. Denn auch die Arbeinehmer, die unter den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes fallen, sind untereinander nicht identisch, sondern nur von ihrer Stellung im Betrieb und Unternehmen her homogen. Homogenität in diesem Sinne bedeutet also nur eine gleichartige Stellung innerhalb des Betriebsverfassungssystems.

Da der Gesetzgeber also von einer solchen betriebsverfassungsrechtlichen Homogenität der "leitenden Angestellten" ausgegangen ist, ist anzunehmen, daß er auch dafür Sorge tragen wollte, daß diese Homogenität bei der späteren Gesetzesanwendung, das heißt bei der Begriffsbestimmung des "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, beachtet wird.

---

45) vgl. Herrmann, BB 1974, 934, der wohl auch die leitenden Angestellten als homogene Gruppe ansieht; ebenso wohl Beuthien, SAE 1974, 174

Gesetzestechnisch blieben dem Gesetzgeber zwei Möglichkeiten, die betriebsverfassungsrechtliche Homogenität der "leitenden Angestellten" zu kennzeichnen. Der Gesetzgeber konnte einmal kasuistisch normieren, welche Funktionen als solche "leitender Angestellter" anzusehen seien. Hierbei hätten die einzelnen Legaldefinitionen gemeinsame Merkmale aufweisen müssen, die sich aus der betriebsverfassungsrechtlichen Gleichartigkeit der "leitenden Angestellten" herleiten lassen müßten. Von dieser Möglichkeit ist aber offensichtlich nicht Gebrauch gemacht worden. Denn wenn § 5 Abs. 3 BetrVG trotz entgegenstehenden Wortlauts abschließende Legaldefinitionen enthalten würde, käme es zu den oben schon aufgezeigten Konsequenzen; der Kreis der "leitenden Angestellten" wäre sehr different und vielschichtig [46]. Es ließe sich keine Homogenität der "leitenden Angestellten" feststellen; es gäbe mindestens drei Gruppen -entsprechend den Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG -von "leitenden Angestellten, wobei zumindest die "leitenden Angestellten gemäß der Nummer 3" kaum als in sich einheitliche Gruppe angesehen werden könnten, weil die Gesetzesformulierung einen viel zu differenten Kreis von "leitenden Angestellten" zuläßt.

Somit entspricht es dem Sinn und Zweck des Gesetzes, daß § 5 Abs. 3 BetrVG einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, der durch zusätzliche Merkmale für das Betriebsverfassungsgesetz eingeschränkt wird [47]. Dieser Oberbegriff

---

46) so aber Brecht, § 5 Rdn. 2o

47) vgl. Rüthers/Stindt, BB 1972, 967

kennzeichnet und gewährleistet für die Gesetzesanwendung die vom Gesetzgeber angenommene Homogenität des Personenkreises, der in der Betriebsverfassungsgesetzgebung eine besondere Behandlung gegenüber den anderen Arbeitnehmern erfahren hat. Denn da jeder vom Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ausgenommene Arbeitnehmer die Merkmale des allgemeinen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" erfüllen muß, weist jeder dieser Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich gleichartige Kriterien auf.

Dieser hier vertretene Begriff der "Homogenität" bezieht sich nur auf den vorgegebenen Oberbegriff. Das bedeutet, daß diese Homogenität nicht derart starr festgeschrieben ist, daß jeder leitende Angestellte dem anderen entspricht; das wäre nämlich eine Identität, die mit dem hier vertretenen Begriff "Homogenität" nicht verwechselt werden darf, und die auch nicht bei den anderen Arbeitnehmern, die unter den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes fallen, gegeben ist. Selbstverständlich ist die Gruppe der leitenden Angestellten insofern different, als daß zum Oberbegriff noch die -unterschiedlichen- Merkmale der Nrn. 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG hinzutreten müssen, damit ein Angestellter vom Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ausgenommen ist. Dies ändert aber nichts daran, daß die Merkmale des Oberbegriffs gleichartig sind und von allen leitenden Angestellten, egal ob sie zusätzlich den Tatbestand der Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG aufweisen, erfüllt werden müssen.

6) Zusammenfassung und Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Gesetzesauslegung ergibt, daß § 5 Abs. 3 BetrVG einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, der dann durch die zusätzlichen Tatbestandsmerkmale der Nrn. 1 - 3 eingeschränkt wird.

Der Wortlaut des § 5 Abs. 3 BetrVG, ebenso wie schon der des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952, und die Äußerungen seitens des Gesetzgebers während der Entstehung des § 5 Abs. 3 BetrVG bestätigen das hier gefundene Ergebnis der teleologischen Auslegung. Wenn der Gesetzgeber nicht eine gewisse Homogenität, das heißt eine betriebsverfassungsrechtliche Gleichartigkeit der "leitenden Angestellten" angestrebt hätte, hätte er nicht nur das Gesetz zur Klarstellung anders formuliert, er hätte auch schon während des Gesetzgebungsverfahrens andere Formulierungen benutzt als immer nur die Formulierung eines Konditionalsatzes mit der einen Oberbegriff einschränkenden Konjunktion "wenn".

§ 5 Abs. 3 BetrVG als abschließende Legaldefinition anzusehen wäre eine Verkennung des Wortlauts, der Gesetzesmaterialien und der Intention des Gesetzgebers, die "leitenden Angestellten" als Gruppe, das heißt als Personen mit bestimmten Gemeinsamkeiten, zu behandeln. Es gibt also nicht drei völlig verschiedene Gruppen von "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, sondern nur eine Gruppe, nämlich die, die die Merkmale des vorgegebenen Oberbegriffs aufweist. Homogenität bedeutet hier nicht Identität, sondern nur eine durch irgendwelche Merkmale gekennzeich-

nete gleichartige Stellung im System des Betriebsverfassungsrechts; diese Merkmale werden festgelegt vom allgemeinen Oberbegriff. Selbstverständlich ist die homogene Gruppe der leitenden Angestellten im Sinne des Oberbegriffs insofern different, als daß die -in sich unterschiedlichen- Merkmale der Nrn. 1 - 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG jeweils zu Eigenschaft "leitender Angestellter" hinzutreffen müssen, damit für einen Arbeitnehmer das Betriebsverfassungsgesetz nicht gilt.

II.) Der Inhalt des Begriffs des "leitenden Angestellten"

1.) Überblick

Die bisherige Untersuchung führte zu dem Ergebnis, daß § 5 Abs. 3 BetrVG zwar einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, daß dieser Begriff jedoch nirgends definiert oder erläutert ist. Der allgemeine Sprachgebrauch [1] hinsichtlich dieses Begriffs ist zu unscharf, es gibt keine einheitliche Verkehrsauffassung der Praxis und der verschiedenen Verbände. Die Abgrenzungskriterien der Wissenschaft und der Rechtsprechung weichen zu sehr voneinander ab und sind auch in sich divergent. Letztlich kennen auch die verschiedenen Gesetzesbestimmungen, die Sonderregelungen für "leitende Angestellte" enthalten, keinen einheitlichen Begriff [2]. Vielmehr bestimmt jedes Gesetz, das eine Sonderbestimmung für "leitende Angestellte" enthält, für seinen Bereich selbständig den Begriff des "leitenden Angestellten". Es gibt also jeweils auch nur

---

1) vgl. BAG NJW 1974, 966:"... zu vage ..."

einen spezifischen Oberbegriff, der sich aus den Besonderheiten und Zwecken des jeweiligen Gesetzes ergibt.

Den Inhalt dieses vorgegebenen Oberbegriffs für das Betriebsverfassungsgesetz zu bestimmen, ist Aufgabe der nachstehenden Untersuchung.

2.) Grammatische Auslegung

a) Begriffsbestandteil "Angestellter"

aa) Der Wortinhalt

Der Inhalt des Substantivs der Wortkombination "leitender Angestellter", also "Angestellter", ist relativ unschwer zu bestimmen. Er ergibt sich aus der Bestimmung des § 6 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit der -allerdings nicht erschöpfenden, aber doch Anhaltspunkte bietenden [3]- Vorschrift des § 3 Abs. 1 AVG. Insofern kann hier eine Abhandlung unterbleiben, wann hier ein Arbeitnehmer als Angestellter und wann als Arbeiter (§ 6 Abs. 1 BetrVG) zu klassifizieren ist, und ob die alte, stark simplifizierte Unterscheidung "Arbeit der Faust" und "Arbeit der Stirm" [4] noch gerechtfertigt ist.

bb) Bedeutung der Wortverwendung

Interessanter als der Wortinhalt des "Angestellten" in diesem Zusammenhang ist aber die Bedeutung dieser

---

2) z.B. Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 101; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 20 ff.; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn.10; BAG NJW 1974, 966 f.; Nozar, S. 32 ff.;

3) Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 11 und 12

4) Broich, in Festschr. VAA, S. 21

Wortverwendung in dem hier zu untersuchenden Oberbegriff des § 5 Abs. 3 BetrVG.

Das Wort "Angestellter" weist auf die arbeitsrechtliche Position der betreffenden Person hin [5]. Es stellt klar, daß diese Person zur Arbeitnehmerseite im Betrieb und Unternehmen gehört, § 5 Abs. 1 BetrVG [6].

Diese Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerschaft hat der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes von 1972 auch völlig unberührt gelassen, während der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 den "leitenden Angestellten" die Arbeitnehmerstellung im Rahmen der Betriebsverfassung sogar expressis verbis aberkannte. Allerdings hatte trotz dieser Aberkennung der Arbeitnehmerstellung im früheren Recht die Verwendung des Wortes "Angestellter" dort die gleiche Bedeutung wie im heutigen Recht; sie wies darauf hin, daß die "leitenden Angestellten" ursprünglich zur Arbeitnehmerseite gehören. Denn die Aberkennung der Arbeitnehmerstellung war nur eine gesetzliche Fiktion. Die Verwendung dieser Fiktion implizierte, daß auch der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 prinzipiell von der Arbeitnehmereigenschaft der "leitenden Angestellten" ausging, diese Arbeitnehmerstellung aber nur aus legislatorischer Zweckmäßigkeitsüberlegung in eine "Nichtarbeitnehmerstellung" umwandelte.

---

5) ähnlich Sturzenhecker, S. 31 ff.;

6) Stege/Weinspach, S. 39; Grüll, RdA 1972, 171; Galperin, DLA 1971, Heft 7, S. 3; Rüthers, BB 1972, 1105; Borgwardt, BB 1971, 1106; ähnlich wohl Nozar, S. 48 f.;

Hat man erkannt, daß das Wort "Angestellter" auf die Arbeitnehmereigenschaft hinweist (und daß diese sogar im Betriebsverfassungsgesetz von 1972 gegenüber dem älteren Recht unberührt geblieben ist), so muß man auch den Sinn des durch diese Wortwahl erfolgten Hinweises erkennen, daß nämlich grundsätzlich jeder, der nicht "Arbeitgeber" ist, "Arbeitnehmer" ist und in der Regel auch als solcher zu behandeln ist. Es gelten grundsätzlich für ihn alle Normen, Regeln und Bestimmungen, die an Arbeitnehmer gerichtet sind, also grundsätzlich auch das Betriebsverfassungsgesetz als Arbeitnehmerschutzrecht [7].

Nur wenn der Arbeitnehmer (Angestellte) das besondere Merkmal "leiten" erfüllt, soll für ihn eine Ausnahme von dem Grundsatz gelten, daß für alle Arbeitnehmer das Schutzrecht des Betriebsverfassungsgesetzes gilt (§ 5 Abs. 3 BetrVG). Das Merkmal "leiten" stellt daher im Verhältnis zum Merkmal "Angestellter" (Arbeitnehmer) immer nur eine Ausnahme dar [8], so daß die Bestimmung des Personenkreises der "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes im wesentlichen von dem Inhalt des Merkmals "leiten" regiert wird.

b) Begriffsbestandteil "leiten"

aa) Allgemeine Wortbedeutung

Das Merkmal "leiten" ist also dasjenige Kriterium, das bestimmte Arbeitnehmer (Angestellte) von der

---

7) BAG NJW 1974, 967; Nozar, S. 124

8) Bathe, S. 25, spricht in diesem Zusammenhang von einem "Regel-Ausnahmeprinzip";

übrigen Arbeitnehmerschaft insofern abhebt, als daß für erstere, also für die "leitenden Angestellten", das Betriebsverfassungsgesetz nur gilt, wenn die Geltung ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist, § 5 Abs. 3 BetrVG.

Dieses Wort "leiten", dessen Begriffsinhalt hier mit Hilfe der grammatikalischen Auslegung zu untersuchen ist, stammt aus dem Althochdeutschen ("laidian") und hatte ursprünglich die Bedeutung von "gehen machen" [9]. Dieses "gehen machen" prägt im Grunde auch heute noch den Begriffsinhalt in der Gegenwartssprache. Hier wird allgemein gesagt, "leiten" bedeute, "jemanden oder etwas führen, indem man entweder an der Spitze steht und den Verlauf bestimmt oder jemandem den Weg zu einem bestimmten Ort zeigt, indem man mit ihm geht"; außerdem kann "leiten" noch bedeuten "etwas in eine bestimmte Richtung lenken" [10].

bb) "Linie" und "Stab" als mögliche Bereiche des "Leitens"

Entsprechend dieser Definition des "Leitens" können Personen und Sachen Objekte des "Leitens" sein.

So ist zunächst jeder, der an der Spitze des Betriebs steht und somit dessen Geschicke bestimmt, "Leitender". Denn er führt einmal den Betrieb als solchen, und zum anderen führt er Personen, nämlich die Betriebsmitglieder.

---

9) Du-den, Etmymologie, S. 399

10) Klappenbach/Steinitz, S. 235o; ähnlich auch BAG NJW 1974, 966 mit Hinweis auf Wahrig, Spalte 2267

Weiterhin ist auch schon jeder, der als Vorgesetzter irgendwelche Anordnungsbefugnisse oder "Disziplinarfunktionen" [11] hat, das heißt, echte "Linienfunktionen" ausübt, "Leitender" im Sinne der obigen Definition, er "führt andere".

Problematisch ist aber, ob Inhaber von "Stabsstellen" "leiten" im Sinne dieses Wortes. Im Bereich der "Stäbe" wird die "fachliche Qualifikation wirksam" [12]. Die "Stabsangestellten" haben planende, beratende und kontrollierende Aufgaben. Haben sie die Möglichkeit, die tatsächliche Durchführung ihrer Arbeitsergebnisse anzuordnen, Arbeitsabläufe zu bestimmen etc., so haben sie zugleich echte "Linienbefugnisse", ein "Leiten" im oben beschriebenen Wortsinn liegt unzweifelhaft vor.

Erschöpft sich die Funktion jedoch in der bloßen Planung, Beratung etc., ohne daß der betreffende Angestellte Befugnisse im Sinne der "Linienfunktion" hat, so ist -bei ganz enger Betrachtung- der Wortsinn "leiten" nicht gegeben [13].

Eine solche ganz enge Betrachtung des Wortes "leiten" wird aber üblicherweise nicht angestellt, sondern auch der "Stabsbereich" wird allgemein als "Leitungsbereich" angesehen [14]. Der Grund dafür könnte die Befürchtung sein, daß sonst die "gewaltige Bedeutung der Stäbe in der Arbeitsvorbereitung" [15] verkannt oder untergraben würde.

---

11) so Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte S. 112,

12) Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 112;

13) Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 19; Kleine, Gisela, aaO. wohl auch Höpp, RdA 1960, 178, der sagte: "Leiten

(Forts. nächste Seite)

Die Wahrnehmung von "Stabsaufgaben" als "Leitung" anzusehen, läßt sich möglicherweise mit dem Gedanken rechtfertigen, daß eine Unternehmensführung ohne "Stäbe" oder besser ohne "Stabsarbeit" gar nicht möglich ist. "Stabsfunktionen" gibt es in jedem Betrieb [16], mag der Betrieb auch noch so klein sein. Ursprünglich gehörten beide Aufgabenbereiche, nämlich der der "Linie" und der des "Stabes" zusammen und sind nur verschiedentlich aus betrieblicher Zweckmäßigkeit getrennt. Hat ein "Stabsstelleninhaber" keine "Linienfunktion", so handelt es sich ausschließlich um eine reine Funktionsspaltung von "Linie" und "Stab" [17]. Die "Stabsstellen" beeinflussen die "Linienstellen", in einer bestimmten Weise ihre Anordnungs- und Organisationsbefugnisse wahrzunehmen. Aus diesem Grunde wird die "Leitung" der "Stäbe" auch teils als "indirektes Leiten" [18] bezeichnet.

Im Rahmen der Wortinterpretation spricht aus den gerade genannten Gründen nichts gegen eine extensive Auslegung. Auch das "indirekte Leiten" der "Stäbe" kann daher als "leiten" im Wortsinne angesehen werden.

(Forts. von S. 121)

heißt deshalb, diejenigen Entscheidungen zu treffen, die für das Unternehmen ... besonders einschneidende Folgen haben";

14) z.B. Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 19; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1o4; Sturzenhecker, S. 2o ff.; Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 112 ff.; Wiegand, S. 5o; Scheuch, in Festschr. VAA, S. 36; dagegen aber Totschek, S. 31, der eine Vorgesetztenstellung für erforderlich hielt, also nur "Linienfunktionen" gelten ließ; s. auch Nozar, S. 5o, 1o7 f.;

15) so wörtlich Scheuch, in Festschr. VAA, S. 36

16) Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 112 ff.;

(Fortsetzung nächste Seite)

Es handelt sich zwar nicht um ein funktionales "Leiten" (der Linie), sondern um ein auf fachlicher Qualifikation beruhendes "an-der-Spitze-Stehen", das Gisela Kleine in ihrer soziologischen Abhandlung [19] als "Autorität der Sachkenntnis" der "Autorität des Vorgesetzten" (also der "Linie") [20] gleichsetzte.

cc) "Leiten" im Team

Ergibt die Wortauslegung von "leiten" somit, daß "Linien-" und "Stabsaufgaben" gleichermaßen Leistungsbereiche "Leitender" sein können, wenn auch hinsichtlich der"Stabspositionen" eine extensive Betrachtung erforderlich ist, so gilt für Mitarbeiter eines "Stabsteams", daß sie alle durchaus als "Leitende" im Wortsinne angesehen werden können. Das Merkmal des "indirekten Leitens" läßt sich sowohl bejahen bei den Angestellten, die in einem hierargisch gegliederten "Stabsteam" dem Teamchef unterstellt sind als auch bei den "Stabsangestellten", die in einem kooperativ gegliederten Team mitarbeiten. Denn die "Autorität der Sachkenntnis" [21] stellt sie in jedem Falle über andere, auf ihrer Tätigkeit beruht letztlich die "fachliche Leitung" des Betriebs, auch wenn sie keine Anordnungs- oder Disziplinarbefugnisse haben.

(Forts. v. S. 122)

17) Kleine, Gisela, aaO.

18) Sturzenhecker, S. 22; Kleine, Gisela, aaO., S. 117

19) Kleine, Gisela, aaO., S. 118

20) Anm. des Verfassers; vgl. zur Gleichsetzung von Linie und Stab auch Nozar, S. 1o4 ff.

21) Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte S. 118

c) Zusammenfassung

Die Wortauslegung des Wortes "leiten" führt also zu dem Ergebnis, daß ein "Leiten" sich sowohl im Bereich der "Linie" als auch im "Stabsbereich" abspielen kann [22].

Im "Linienbereich" entspricht schon jede Vorgesetztenstellung dem Wortinhalt "leiten", während im "Stabsbereich" die hohe Qualifikation eines Angestellten das Merkmal "leiten" erfüllt. Die "Leitung" des"Stabsangestellten" ist eine "indirekte" [23], keine funktionale (im Sinne der "Linie"), es handelt sich um eine persönliche Eigenschaft, die den betreffenden Angestellten über andere stellt, und auf der letztlich die "fachliche Leitung" des Betriebs basiert.

Die von dem Begriffsbestandteil "Angestellter" isolierte Wortbetrachtung und -auslegung des Begriffsbestandteils "leiten" rechtfertigt daher die Ansicht, schon qualifizierte Arbeit und Tätigkeit führe zur "leitenden" Stellung, wie oft in der Literatur [24], in der Praxis [25] und in den Verbänden leitender Angestellter [26] behauptet wird.

---

22) s. hierzu Brecht, § 5 Rdn. 2o, der sagt, daß das Wort "leitend" offensichtlich mit unterschiedlichem Begriffsinhalt verwendet wird".

23) Sturzenhecker, S. 22

24) z.B. Hueck, RdA 1953, 442; Waechter, DB 1951, 25o; Gaul, DB 1961, 271; ders., Arbeitsvertrag, S. 3o f., Hoppe, BlStSozArbR 1968, 174; Grüll, RdA 1972, 172; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 13o; Boldt, S. 6ff.;

25) s. Scheuch, in Festschr. VAA, S. 36; Krüger-Vorndamme, S. 3o; allgemein zu d. Abgrenzungsmerkmalen des "leitenden Angestellten" in der Praxis Fischer, DB 1973, 2141 f.; auch Nozar, S. 65 ff.;

(Forts. nächste Seite)

3.) Historische Auslegung

Im Rahmen der Gesetzesauslegung gibt die geschichtliche (historische) Interpretation nur wenig her für eine Auslegung des vorgegebenen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten". Denn die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen und Gruppen beschäftigten sich seinerzeit nicht mit diesem Oberbegriff [27], sondern sprachen immer nur allgemein von "leitenden Angestellten" analog dem heutigen -inhaltlich umstrittenen- Gesetzeswortlaut. Debattiert wurde alles in allem nur über die zusätzlichen Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG, der Oberbegriff wurde offensichtlich vorausgesetzt [28], ja er wurde zur "Rechtsfrage, deren Entscheidung dem Arbeitsgericht obliegen müsse" [29] erklärt.

Aus der Betrachtung der Gesetzgebungsgeschichte des § 5 Abs. 3 BetrVG ergibt sich jedoch, daß der Gesetzgeber nicht an den vorher bestehenden Rechtszustand hinsichtlich der Abgrenzung des Begriffs des "leitenden Angestellten anknüpfen wollte. Er wollte vielmehr den Begriff des "leitenden Angestellten" "neu fassen" [30], das heißt, er wollte den Begriff gegenüber der früheren Regelung des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 objektiv, funktionsabhängig gestalten [31].

(Forts. v. S. 124)

26) vgl. z.B. § 3 der Satzung des Coloristenbundes; § 8 der Satzung des VdF; § 4 der Satzung des VOE; § 3 der Satzung der VELA;

27) vgl. dazu Rüthers/Stindt, BB 1972, 967; Boldt, S. 13; s. auch oben, § 3, I, 4; Nozar, S. 37 ff.;

28) vgl. den Regierungsentwurf, BT-Drucks. VI/1786, S. 36; Abgeordneter Ruf (CDU/CSU), VI. Wahlperiode, 101. Sitzung, Stenographische Berichte, S. 5812; Abgeordneter

(Fortsetzung nächste Seite)

Diese Objektivierung umfaßt, wie schon angedeutet wurde [32], auch den vorgegebenen Oberbegriff. Das bedeutet als Fazit der historischen Betrachtung des § 5 Abs. 3 BetrVG, daß der vorgegebene Oberbegriff des "leitenden Angestellten" immer nur aus der Funktion des Angestellten im Betrieb oder Unternehmen zu bestimmen ist; subjektive Gesichtspunkte, zum Beispiel das in § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 normierte Merkmal des "besonderen persönlichen Vertrauens des Arbeitgebers", dürfen nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers keine Rolle mehr spielen, sondern nur objektive, funktionsbezogene Gesichtspunkte.

4.) Konkretisierung des Begriffs des "leitenden Angestellten"

a) Vorbemerkung

Die gerade angestellte Wortbetrachtung des im Eingangssatz des § 5 Abs. 3 BetrVG vorgegebenen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" führt nicht

---

(Fortsetzung v. S. 125)

Buschfort (SPD) im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, zu BT-Drucks. VI/2729, S. 12; ders., VI. Wahlperiode, 15o. Sitzung, Stenographische Berichte, S. 8588;

29) Abgeordneter Buschfort (SPD), zu BT-Drucks. VI/2729, S. 12;

3o) vgl. zu BT-Drucks. VI/2729, S. 11

31) vgl. z.B. Grüll, BB 1974, 653 m.w.N.;

32) Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 11 und 12

zu einem klaren Ergebnis [1]. Der Wortinhalt von "leiten" ist viel zu weitgehend und different, um eine betriebsverfassungsrechtliche Gleichartigkeit [2] der "leitenden Angestellten" herzustellen oder erkennen zu lassen; nach dem Wortinhalt "leitet" sowohl jeder Vorgesetzte, gleichgültig, wieviel Untergebene er hat, als auch jeder fachlich qualifizierte Angestellte [3].

Die grammatische Auslegung gibt daher nur allgemein Aufschluß über den möglichen Inhalt des Begriffs des "leitenden Angestellten", klärt aber nicht, welchen Inhalt dieser Begriff konkret in § 5 Abs. 3 BetrVG hat. Es stellt sich daher die Frage, ob § 5 Abs. 3 BetrVG hinsichtlich dieses Begriffs des "leitenden Angestellten" eine Regelungslücke enthält oder ob das Gesetz hier einen unbestimmten Rechtsbegriff normiert hat.

Handelte es sich um eine Regelungslücke, und zwar um eine "verdeckte Regelungslücke", wie das Bundesarbeitsgericht zunächst angenommen [4], später aber offengelassen [5] hatte [6], so bedeutete das, der Gesetzgeber habe entweder vergessen, eine Regelung zu treffen oder er habe nicht erkannt, daß hier eine

---

1) s. z.B. Sturzenhecker, S. 4o und Kleine, Gisela, in Handbuch f. leitende Angestellte, S. 14o, die das Ergebnis der Wortbetrachtung des Begriffs des "leitenden Angestellten" für widersprüchlich halten;

2) s. oben, § 3, I, 5 d; zur "Homogenität" s. auch Herrmann, BB 1974, 934; Beuthien, SAE 1974, 175

3) so grenzt z.B. häufig die Praxis der Unternehmen den Begriff des "leitenden Angestellten" ab, vgl. Fischer, DB 1973, 2141 ff.; Nozar, S. 65 ff.;

4) BAG NJW 1974, 967

5) BAG DB 1974, 23o7

6) vgl. dazu auch Blomeyer, ZfA 1975, 288

Regelung zu treffen war. Das ist aber nicht der Fall. Der Gesetzgeber wollte einen betriebsverfassungsrechtlich homogenen Personenkreis aus dem Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes herausnehmen und sich zur Gewährleistung der Homogenität bei der Gesetzesanwendung des Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" bedient; es ist also keine Lücke gelassen, sondern eine Regelung getroffen worden [7].

Die getroffene Regelung ist allerdings nicht bestimmt, sondern der Gesetzgeber hat sich des legitimen Mittels des unbestimmten Rechtsbegriffs oder des "wertausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsgriffs" [8] bedient. Eine solche Generalklausel hat, um mit Schlüter zu sprechen, "keinen feststehenden Inhalt, der mit den Methoden der Gesetzesauslegung ermittelt und in -wenigstens vorläufigen- Definitionen entfaltet werden könnte" [9], sondern sie weist dem Richter nur die Tendenz seiner Entscheidung [10]. Die Generalklausel ist ein zulässiges legislatorisches Gestaltungsmittel, um eine "Anpassung des gesetzten Rechts an neue Entwicklungen durch den Richter" [11] zu ermöglichen; hierbei hat der Gesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz nicht auf den Richter delegiert, sondern er hat nur die Möglichkeit einer flexiblen Rechtsanwendung eröffnet, wobei er selbst das Recht, das heißt die Entscheidungsrichtung, vorgeschrieben hat.

---

7) so auch Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1oo; Hoffmann, NJW 1974, 1163; Grüll, BB 1974, 653; Rüthers, JZ 1974, 626; Blomeyer, ZfA 1975, 288

8) Schlüter in seiner Habilitationsschrift "Das Obiter Dictum", S. 115

9) Schlüter, aaO.

1o) Schlüter, aaO.; Canaris, S. 27

11) Schlüter, aaO.

Die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen unbestimmten Rechtsbegriff ist nicht möglich, vielmehr ist der unbestimmte Rechtsbegriff "wertausfüllungsbedürftig" [12]. Der Richter hat, wie Schlüter dezidiert dargelegt hat [13], unter Beachtung des "syllogistischen Dreischritts" der Entscheidungsbegründung [14] zunächst einen Obersatz als Entscheidungsregel zu bilden, aus dem Untersatz und Schlußsatz entwickelt werden; auf diese Weise wird der unbestimmte Rechtsbegriff wertmäßig ausgefüllt und konkretisiert.

Zur Konkretisierung des Begriffs des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG ist -unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik- der Zweck des § 5 Abs. 3 BetrVG zu bestimmen, um herauszufinden, aus welchem Grund der Gesetzgeber zu dieser Zweckrichtung veranlaßt war, das heißt, um herauszufinden, aus welchem Grund er die "leitenden Angestellten" betriebsverfassungsrechtlich besonders behandelt hat. Dieser dann gefundene Grund, also der legislatorische Grund der Sonderbehandlung der "leitenden Angestellten", gibt anschließend die vom Gesetzgeber vorgezeichnete Entscheidungstendenz für die Abgrenzung des Personenkreises der "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes zu erkennen.

b) Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 BetrVG im System des Betriebsverfassungsgesetzes

aa) § 5 Abs. 3 BetrVG schließt den Personenkreis der "leitenden Angestellten" von den Wirkungen des

---

12) Schlüter, aaO.

13) Schlüter, aaO., insbes. S. 117

14) dieser besteht nach Schlüter aus Obersatz, Untersatz und Schlußsatz

Betriebsverfassungsgesetzes aus, obwohl auch diese "leitenden Angestellten" arbeitsrechtlich betrachtet "echte Arbeitnehmer" [15] sind; nur in den Ausnahmebestimmungen der §§ 1o5, 1o7 Abs. 1 Satz 2 und 1o8 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist eine Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes auch für "leitende Angestellte" angeordnet.

Die Herausnahme der "leitenden Angestellten" aus dem Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes erscheint deshalb so bemerkenswert, weil das Betriebsverfassungsgesetz als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips des Art. 2o GG [16] ein Schutzgesetz für die Arbeitnehmer in den Betrieben darstellt und deren Position dort stärkt. Es soll die "Partnerschaft zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat" [17], oder allgemeiner "Partnerschaft und vertrauensvolle Zusammenarbeit" [18] im Betrieb herstellen, wie auch ausdrücklich aus der zentralen Vorschrift des § 2 Abs. 1 BetrVG hervorgeht, deren Inhalt schon früher Neumann-Duesberg als "Magna Charta" des Betriebsverfassungsgesetzes bezeichnete [19].

---

15) vgl. u.a. Galperin, DLA 1971, Heft 7, S. 3; Siebert, S. 37; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 12; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 19; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 5 Rdn. 4; Rose, AuR 1972, 313

16) BAG NJW 1974, 967; Rose, AuR 1972, 313; Fitting, BABl 1972, 277 f.;

17) Wisskirchen, BABl 1972, 288; Schneider, BaBl 1972, 294

18) Dietz/Richardi, Vorbem. § 1 Rdn. 14; Erdmann/Jürging/Kammann, Einl. S. 94; Halberstadt/Zander, S. 3; Hueck/Nipperdey (II/2) S. 1o62; Nikisch (III), S. 3 ff.; Galperin, RdA 1962, 366; Söllner, DB 1968, 571, Bulla, RdA 1962, 271

19) Neumann-Duesberg, S. 126

Die "leitenden Angestellten" wurden zwar lange Zeit als weniger schutzwürdig angesehen [2o], diese Ansicht, die auch schon früher fragwürdig war, läßt sich aber heute nicht mehr rechtfertigen. Die persönliche Distanz des "leitenden Angestellten" zum Arbeitgeber ist heute größer als früher [21], so daß sich die "leitenden Angestellten" jetzt bei Verhandlungen über ihre Arbeitsbedingungen vielfach in einer ungünstigen Position befinden [22]. Wenn auch die "leitenden Angestellten" -wie bereits oben beschrieben [23]- wegen ihrer Funktion teilweise andere Interessen haben als die übrigen Arbeitnehmer, so haben sie doch viele arbeitsrechtlichen Interessen mit den übrigen Arbeitnehmern gemeinsam. Die "leitenden Angestellten" haben -ebenso wie die übrigen Arbeitnehmer- Sorgen um eine angemessene Bezahlung und Arbeitsplatzerhaltung, sie haben ein besonderes Interesse an der Sicherheit am Arbeitsplatz, an Urlaubsregelung etc [24], sie sind also nicht ersichtlich weniger schutzwürdig, sondern genauso schutzbedürftig wie die übrigen Arbeitnehmer [25]. Dementsprechend müßte eigentlich das Betriebsverfassungsgesetz auch für die "leitenden Angestellten" gelten.

2o) vgl. etwa Hueck, BB 1954, 537; Dersch, Union 1957, 98; Packebusch, BB 1964, 44; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 2o; Geitner, S. 24; S. 1o4;

21) Mayer-Maly, BB 1974, 1124

22) ähnlich Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 257

23) s. oben, § 3,I, 5 b

24) vgl. auch Geitner, S. 1o4 ff.; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 257; teils zustimmend auch Herrmann, BB 1974, 936

25) abweichend wohl Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 392 ff.; vgl. aber auch Nozar, S. 124 f.;

bb) Die Herausnahme der "leitenden Angestellten" aus dem Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes beruht nicht -wie bereits dargestellt [26]- auf einem willkürlichen Akt des Gesetzgebers. Somit wird die besondere Behandlung dieser Arbeitnehmer im Betriebsverfassungsgesetz selbst begründet sein. Dieser Grund dürfte richtungsweisend sein für die Konkretisierung der Generalklausel des § 5 Abs. 3 BetrVG.

Aus dem vorstehend aufgezeigten Charakter des Betriebsverfassungsgesetzes als auf dem Partnerschaftsgedanken aufbauende "konfliktheммende und ausgleichende Friedensordnung" [27] wird ersichtlich, daß das Betriebsverfassungsgesetz ausgeht von einem Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern oder -um mit Siebert zu sprechen [28]- vom "Grundwiderspruch zwischen Kapital und Arbeit", also von einer Bipolarität.

Jedes Betriebsmitglied gehört entweder zum "Pol Arbeitgeber" oder zum "Pol Arbeitnehmer". Wenn § 5 Abs. 3 BetrVG für einige Mitglieder des"Pols Arbeitnehmer" das Betriebsverfassungsgesetz für unanwendbar erklärt, obwohl dieses Gesetz dem Schutz der Arbeitnehmer dient [29], so will § 5 Abs. 3 BetrVG nicht letztlich eine dreipolige Betriebsverfassung [3o] dadurch herstellen, daß diese Vorschrift den "Pol Arbeitnehmer" spaltet, denn sie beläßt es zweifelsfrei bei der Arbeitnehmerstellung der besonders behandelten Arbeitnehmer. Vielmehr erscheint als Grund für die besondere Behandlung jener Arbeit-

---

26) vgl. oben, § 3, I, 5

27) Borgwardt, BB 1971, 1107

28) Siebert, S. 19

29) BAG NJW 1974, 967; Nozar, S. 124

3o) so aber z.B. Janert, DB 1974, 287; Beuthien, SAE 1974, 174

nehmer, der "leitenden Angestellten", daß diese aus der Sicht von Sinn und Zweck des Betriebsverfassungsgesetzes in einem Gegensatz zur übrigen Betriebsbelegschaft und zum Betriebsrat als deren Repräsentant stehen. Dabei kann sich dieser Gegensatz jedoch nur aus der Funktion des betreffenden Angestellten im Betrieb ergeben. Die Annahme, er ergäbe sich aus einem Interessengegensatz im Sinne von Interessenidentifikation des "leitenden Angestellten" mit dem Arbeitgeber [31], ist nicht gerechtfertigt.

Denn wenn ein Angestellter von seiner Funktion her "leitet", so ist seine Tätigkeit zwar dem ursprünglichen Aufgabenbereich des Arbeitgebers zuzuordnen [32], es handelt sich um delegierte Arbeitgeberaufgaben. Trotz dieser der Arbeitgebersphäre entstammenden "Leitung" muß aber verneint werden, daß sich der "leitende Angestellte" gleichzeitig mit den Interessen des Arbeitgebers identifiziert. Er, der "leitende Angestellte", identifiziert sich -wie oben schon ausgeführt- als Arbeitnehmer persönlich mit den Arbeitnehmerinteressen. Er nimmt nur funktional Arbeitgeberinteressen wahr, ohne persönlich die arbeitsrechtliche Einstellung des Arbeitgebers zu haben oder zu teilen, auf die letzten Endes der Gegensatz zur Arbeitnehmerschaft zurückzuführen ist.

---

31) so aber Janert, DB 1974, 287; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 393; LAG Düsseldorf, DB 1973, 577

32) Galperin, Leitfaden, S. 21 ff.; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 19; Höpp, RdA 1960, 198; Gaul, DB 1961, 271

cc) Daraus folgt insgesamt, daß die "leitenden Angestellten" also deshalb betriebsverfassungsrechtlich anders als die übrigen Arbeitnehmer eines Betriebs behandelt werden, weil sie sich in einem funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat als dem Repräsentanten der Arbeitnehmerschaft befinden, das heißt, weil die "leitenden Angestellten" im Betrieb Funktionen ausüben, die im Gegensatz zu den Funktionen des Betriebsrats stehen [35].

Im Rahmen der Bestimmung des betriebsverfassungsrechtlichen Begriffs des "leitenden Angestellten" kommt es nicht auf eine persönliche Interessendivergenz eines Arbeitnehmers zur übrigen Arbeitnehmerschaft an. Insofern ist auch das Selbstverständnis der "leitenden Angestellten" völlig unerheblich bei dieser Begriffsbestimmung [34]. Denn nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers wollte er nicht den subjektiven Vorstellungen einzelner Arbeitnehmer mit der Regelung des § 5 Abs.3 BetrVG entsprechen und sie anders als die übrigen Arbeitnehmer behandeln, sondern er wollte eine auf objektiven Kriterien beruhende Norm schaffen [35]. Rose [36] sagte in diesem Zusammenhang richtig: "Der Begriff 'leitender Angestellter' im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes ist die Beschreibung objektiver Funktionen, aber kein Statussymbol".

---

33) vgl. z.B. Rüthers/Stindt, BB 1972, 977; Rose, AuR 1972, 314; Gaul, Der Leitende Angestellte, S. 47; Föhr, DB 1974, 1767; Rüthers, JZ 1974, 625; Herrmann, BB 1974, 939; Gaul, Arbeitsvertrag, S. 43;

34) dagegen aber z.B. Janert, DB 1974, 287; ders., DB 1974, 1238; Hoffmann, NJW 1974, 1164; auch schon Hueck, RdA 1953, 442; gegen Hueck aber schon Gaul, DB 1961, 272; Nozar, S. 62;

(Forts. nächste Seite)

Letztlich verfolgte der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG den Zweck -und dies bestimmt somit die Entscheidungsrichtung [37] für die Konkretisierung des Begriffs des "leitenden Angestellten"-, Funktionskollisionen in einer Person oder, um den verfassungsrechtlichen terminus technicus zu benutzen, "Inkompatibilitäten" [38] auszuschließen und um den koalitionsrechtlichen Grundsatz der "Gegnerreinheit" [39] in der Betriebsverfassung zu realisieren. Es sollten die Situationen ausgeschlossen werden, daß ein Angestellter beispielsweise morgens bestimmte Aufgaben in einer bestimmten Weise wahrzunehmen hat, er aber nachmittags als präsumtives Betriebsratsmitglied gerade gegen diese Aufgabenwahrnehmung oder gegen diese Art der Aufgabenwahrnehmung Stellung beziehen müßte.

c) Der Inhalt des Begriffs des "leitenden Angestellten" bei funktionaler Betrachtung

aa) Für die Wertausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs des "leitenden Angestellten" [4o] im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG hat der Gesetzgeber als Entscheidungstendenz eine funktionale Betrachtung vorgegeben. [41]

(Forts. v. S. 134)

35) vgl. dazu zu BT-Drucks. VI/2729, S. 11; zur Objektivierung des § 5 Abs. 3 BetrVG z.B. Witte/Bronner, DB 1974, 1253; Grüll, BB 1974, 653 m.w.N.

36) Rose, AuR 1972, 314; vgl. auch Nozar, S. 115;

37) vgl. Schlüter, Das Obiter Dictum, S. 115 ff.;

38) diesen Terminus benutzen auch Rose, AuR 1972, 315 und Apel, BB 197o, 1145

39) so Beuthien, SAE 1974, 175; vgl. auch Rüthers/Stindt, BB 1972, 978

4o) vgl. Schlüter, Das Obiter Dictum, S. 115

(Forts. nächste Seite)

Das heißt, die Frage, ob jemand "leitender Angestellter" ist, ist nur danach zu beantworten, welche Funktionen er ausübt. Er muß Funktionen ausüben, die im Gegensatz zu denen des Betriebsrats stehen; die für die Konkretisierung aufzustellende "Entscheidungsregel" [42] ist also ein "funktionaler Gegensatz zum Betriebsrat" [43].

§ 5 Abs. 3 BetrVG rechtfertigt es nicht, schon beispielsweise jeden "höheren", besser bezahlten oder fachlich qualifizierten Angestellten eo ipso als "Leitenden" anzusehen. Denn die "höhere Stellung", die fachliche Qualifikation und die bessere Bezahlung entsprechen nicht dem von § 5 Abs. 3 BetrVG verfolgten Sinn und Zweck, nur diejenigen Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsverfassung zu stellen, die von ihrer Funktion her in Konflikte und Kollisionen mit den Funktionen des Betriebsrats geraten können, für die also zum Beispiel eine Beteiligung am Betriebsrat "Inkompatibilität" [44] bedeuten würde.

bb) Einschränkung des Begriffs des "leitenden Angestellten" auf bestimmte Bereiche

(1.) Die Entscheidungsregel für die Wertausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs des "leitenden Angestellten"

(Forts. v. S. 135)

41) Beuthien, SAE 1974, 175 mit Hinweis auf BAG NJW 1974, 965 ff.; Föhr, DB 1974, 1767; Becker-Schaffner, BlSt-SozArbR 1972, 258; vgl. auch Nozar, S. 1o9 f.

42) Schlüter, aaO., S. 117

43) s. dazu auch den von Rüthers/Stindt geprägten Ausdruck "Gegnerbezug";

44) vgl. auch Rose, AuR 1972, 315; Apel, BB 1972, 1145; ähnlich wohl Nozar, S. 1o9 ff.;

ist -wie gerade oben herausgestellt wurde- der "funktionale Gegensatz eines Angestellten zum Betriebsrat".

Das bedeutet, daß es überhaupt nur in den Bereichen "leitende Angestellte" geben kann, in denen der Betriebsrat ein irgendwie geartetes Mitwirkungsrecht besitzt. Wo der Betriebsrat keine Funktionen hat, kann ein Angestellter auch nicht in "funktionalem Gegensatz zum Betriebsrat" stehen. Die Abgrenzung des Begriffs des "leitenden Angestellten" hängt also nicht davon ab, ob der Angestellte allgemein "Arbeitgeberfunktionen" [45] wahrnimmt, sondern er muß solche Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen, die mit den Aufgaben des Betriebsrats kollidieren oder kollidieren können.

(2.) Die Abgrenzung der "leitenden Angestellten" von den übrigen Arbeitnehmern ergibt sich somit aus dem Aufgabenbereich des Betriebsrats.

Dieser Aufgabenbereich ist im vierten Teil des Betriebsverfassungsgesetzes in den §§ 8o, 85 und 87 bis 113 geregelt. Nach diesem Aufgabenkatalog hat der Betriebsrat ein Mitwirkungsrecht bei sozialen Angelegenheiten (§§ 87 - 89 BetrVG), bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung (§§ 9o, 91 BetrVG), bei personellen Angelegenheiten (§§ 92 - 1o5 BetrVG) und bei wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 1o6 - 113 BetrVG) [46]. Im Rahmen der betriebsverfassungs-

---

45) vgl. z.B. Boldt, S. 6 ff.;

46) im allgemeinen wird nur unterschieden zwischen Mitwirkung in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten, vgl. z.B. Reuter/Streckel, S. 19 ff.; Rüthers/Stindt, BB 1972, 977; Bathe, S. 1o9; Schaub, Der Betriebsrat, S. 165

rechtlichen Individualrechte der einzelnen Arbeitnehmer (§§ 81 - 85 BetrVG) oder -wie aus den Gesetzesmaterialien [47] hervorgeht- im Rahmen der "Mitbestimmung des Einzelnen rund um seinen Arbeitsplatz" hat der Betriebsrat die Funktion, Beschwerden des einzelnen Arbeitnehmers entgegenzunehmen und beim Arbeitgeber darauf hinzuwirken, daß der Grund der Beschwerde beseitigt wird. Im übrigen sind in § 8o BetrVG allgemeine Aufgaben des Betriebsrats beschrieben, die sich auf alle Gegenstände der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung beziehen [48].

Bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten besteht ein obligatorisches, erzwingbares [49] Mitbestimmungsrecht in den in § 87 Abs. 1 Nrn. 1 - 12 BetrVG aufgezählten Fällen. Dieses Mitbestimmungsrecht bezieht sich hauptsächlich auf formelle (§ 87 Abs. 1 Nrn. 1 und 2, Nrn. 4 - 9, Nr. 12 BetrVG), aber auch auf materielle Arbeitsbedingungen (§ 87 Abs. 1 Nrn. 3, 1o, 11 BetrVG) [5o]. Es besteht im wesentlichen jeweils nur ein Recht auf Mitbestimmung in kollektiven Maßnahmen, die sich also auf eine Mehrheit von Arbeitnehmern eines Betriebs beziehen [51]; nur in § 87 Abs. 1 Nrn 5 und 9 BetrVG sind auch Individualmaßnahmen angesprochen.

---

47) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, zu BT Drucks. VI/2729, S. 9

48) Bathe, S. 1o9

49) zu dem Streit, welche Rechtsfolgen die Verletzung dieses Mitbestimmungsrechts durch den Arbeitgeber nach sich zieht, s. z.B. Schlüter, DB 1972, 92 ff, 139 ff.; Hanau, BB 1972, 5o1 Fußn. 16; Reuter/Streckel, S. 21 ff.;

5o) ähnlich Wisskirchen, BABl 1972, 295; Reuter/Streckel, S. 19; wohl auch Schaub, Der Betriebsrat, S. 191; dagegen aber Hromadka, NJW 1972, 185

Auf dem Gebiet der sozialen Angelegenheiten ist neben dieser obligatorischen Mitbestimmung auch eine freiwillige Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung möglich (§ 88 BetrVG).
Eine besondere Mitwirkungspflicht des Betriebsrats hat der Gesetzgeber hinsichtlich des Arbeitsschutzes in § 89 BetrVG normiert (neben der allgemeinen Bestimmung des § 8o Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und neben der Bestimmung des § 88 Nr. 1 BetrVG).

Bei der Mitwirkung hinsichtlich der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung hat der Arbeitgeber in erster Linie den Betriebsrat über Planungen von Baumaßnahmen, technischen Anlagen und Arbeitsabläufen zu unterrichten und diese Planungen mit dem Betriebsrat zu beraten (§ 9o BetrVG). In den Fällen des § 91 BetrVG erhält der Betriebsrat ein erzwingbares [52] Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung.

Bei der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten ist dem Betriebsrat durch die Regelung der §§ 92 bis 95 BetrVG zunächst eine Mitwirkung bei allgemeinen personellen Maßnahmen eingeräumt, der Betriebsrat wird in die "personellen Grundsatzentscheidungen" [53] und somit in die Personalpolitik eingeschaltet.
Gemäß § 92 BetrVG ist der Betriebsrat berechtigt, an der Personalplanung, an der Personalbedarfsfeststellung und an den sich daraus ergebenden Maßnahmen

---

51) Schaub, Der Betriebsrat, S. 19o; Hromadka, NJW 1974, 185

52) vgl. Schaub, Der Betriebsrat, S. 212

53) so Schaub, Der Betriebsrat, S. 22o; Anders, BABl 1972, 3o2

mitzuwirken. Gemäß § 93 BetrVG kann der Betriebsrat eine innerbetriebliche Stellenausschreibung für freie Stellen verlangen. Personalfragebogen (§ 94 Abs. 1 BetrVG), die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze und Formulararbeitsverträge, in denen persönliche Angaben des Arbeitnehmers enthalten sind (§ 94 Abs. 2 BetrVG) bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats; ebenso die Schaffung von Auswahlrichtlinien für Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen (§ 95 BetrVG).

Im Bereich der Berufsbildung innerhalb der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten hat der Betriebsrat gemäß § 96 BetrVG nur allgemein (neben dem Arbeitgeber) die Pflicht, die Berufsbildung zu fördern. Bei der Einführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen hat der Betriebsrat nur ein Beratungsrecht (§ 97 BetrVG). Somit enthalten die §§ 96, 97 BetrVG "keine eigentlichen Mitbestimmungsrechte" [54]. Erst wenn der Arbeitgeber betriebliche Bildungsmaßnahmen durchführt, besteht ein Mitbestimmungsrecht, und zwar ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht (§ 98 BetrVG). Gemäß § 98 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat der Bestellung ungeeigneter Ausbilder widersprechen, und gemäß § 98 Abs. 3 BetrVG kann er Vorschläge machen, welche Arbeitnehmer an Bildungs- und Berufsbildungsmaßnahmen teilnehmen sollen.

Personelle Einzelmaßnahmen, das sind Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen (§ 99 BetrVG) dürfen nur nach Unterrichtung des Betriebsrats und nur mit dessen Zustimmung vorgenommen werden. Aus den verschiedensten Gründen kann der Betriebsrat

---

54) so Bathe, S. 138

seine Zustimmung verweigern (§ 99 Abs. 2 BetrVG). In Ausnahmefällen [55] kann der Arbeitgeber zwar vorläufig eine "personelle Einzelmaßnahme" im Sinne des § 99 BetrVG durchführen (§ 1oo BetrVG), er muß dann aber den Betriebsrat unterrichten, der dann seinerseits bestimmte, in § 1oo Abs. 2 BetrVG geregelte Gegenmaßnahmen ergreifen kann.

Vor jeder Kündigung, sei es eine ordentliche oder eine außerordentliche [56], ist -als Wirksamkeitsvoraussetzung- der Betriebsrat zu hören (§ 1o2 Abs. 1 BetrVG). Der Betriebsrat kann entsprechend der Bestimmung des § 1o2 Abs. 3 BetrVG einer Kündigung widersprechen, und er ist dabei nicht auf die in § 1o2 Abs. 3 BetrVG genannten Widerspruchsgründe beschränkt [57]. Gegenüber Betriebsratsmitgliedern kann nur eine außerordentliche Kündigung [58] ausgesprochen werden, und diese auch nur mit Zustimmung des Betriebsrats (§ 1o3 BetrVG). Unter den besonderen Voraussetzungen des § 1o4 BetrVG kann auch der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entlassung "betriebsstörender" Arbeitnehmer verlangen.

Hinsichtlich "leitender Angestellter" gelten die oben angeführten Mitbestimmungsrechte nicht, jedoch ist dem Betriebsrat rechtzeitig Mitteilung zu machen über eine beabsichtigte Einstellung oder personellen Veränderung eines solchen Angestellten (§ 1o5 BetrVG).

---

55) Bathe, S. 142; Schaub, Der Betriebsrat, S. 236

56) Bathe, S. 144

57) Schaub, Der Betriebsrat, S. 245

58) vgl. Reuter/Streckel, S. 55

In wirtschaftlichen Angelegenheiten ist das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nur sehr beschränkt. Der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungs- oder sonstiges Mitwirkungsrecht bei den Fragen der wirtschaftlichen Planung, Gestaltung etc. In größeren Betrieben mit mehr als 1oo ständig beschäftigten Arbeitnehmern ist zwar ein Wirtschaftsausschuß (§ 1o6 BetrVG) zu bilden. Hierbei handelt es sich aber nicht um ein Betriebsratsorgan, sondern um ein reines Arbeitnehmergremium [59], dem auch "leitende Angestellte" angehören können (§ 1o7 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Der Wirtschaftsausschuß ist auch nur ein Beratungs- und kein "sonstiges Mitbestimmungsorgan" der Arbeitnehmer, da der Arbeitgeber zu seiner Unterstützung sachkundige Arbeitnehmer und "leitende Angestellte" zu den Sitzungen hinzuziehen kann (§ 1o8 Abs.2 BetrVG) [6o]. Der Arbeitgeber muß den Wirtschaftsausschuß rechtzeitig über die in § 1o6 Abs. 3 BetrVG aufgeführten wirtschaftlichen Angelegenheiten unterrichten (§ 1o6 Abs. 2 BetrVG), und Aufgabe des Wirtschaftsausschusses ist es, diese wirtschaftlichen Angelegenheiten mit dem Arbeitgeber zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten (§ 1o6 Abs. 1 BetrVG).

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß §§ 111 bis 113 BetrVG in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist nur gegeben, wenn es sich -wie § 111 BetrVG ausdrückt- um Betriebsänderungen handelt, "die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können".

---

59) vgl. Hromadka, NJW 1972, 186

6o) vgl. Fitting, BABl 1972, 282

(3.) Nur an Hand dieser sich aus dem Aufgabenkatalog des Betriebsverfassungsgesetzes ergebenden Funktion des Betriebsrates ist eine Abgrenzung der "leitenden Angestellten" vorzunehmen, da nur mit Hilfe dieser Aufgabenbeschreibungen Funktionskollisionen zwischen den Aufgaben eines Angestellten und den Aufgaben des Betriebsrats festgestellt werden können [61].

cc) Einschränkung des Begriffs des "leitenden Angestellten" nach der Funktion

Im funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat steht aber nur derjenige Angestellte, der bei einem Mitwirkungsrecht des Betriebsrats derart mit diesem Mitwirkungsrecht in Berührung kommt, daß er, der Angestellte, die Funktion der Gegenpartei, des "sozialen Gegenspielers" [62], also des Arbeitgebers wahrnimmt, "Leitender Angestellter" ist nur der kompetente Gesprächspartner des Betriebsrats, nämlich derjenige, der sich anstelle des Unternehmers mit der jeweiligen Maßnahme des Betriebsrats zu beschäftigen und dann die dementsprechende Gegenposition zu beziehen und, falls erforderlich, die dementsprechende Anordnung zu treffen hat. Es reicht nicht aus, daß er jeweils nur auf Anweisung hin handelt, sondern er muß selbständig entscheiden. Wer nicht über die unternehmerische Gegenmaßnahme zu entscheiden hat, und zwar selbständig zu entscheiden hat, oder eine unternehmerische Entscheidung auf Grund der Intervention

---

61) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977, bezeichnen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats als "Schlüssel für die Abgrenzung"

62) Rüthers/Stindt, ooA.; vgl. hierzu auch Nozar, S. 1o9 ff., der mehr auf die Interessenlage aller im Betrieb vorhandenen Personen abstellt;

des Betriebsrats revidieren kann oder im Falle der berechtigten Intervention revidieren muß, ist nicht "leitender Angestellter" im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne. Er ist nicht der "soziale Gegenspieler" [63] oder der Gegenpart des Betriebsrats, ihm ist nicht die funktionale Gegenposition des Arbeitgebers zum Betriebsrat delegiert [64]. "Leitender Angestellter" ist also nur der Angestellte, der die Maßnahmen anstelle des Arbeitgebers zu treffen hat, die der Mitwirkungskatalog des vierten Teils des Betriebsverfassungsgesetzes dem Arbeitgeber im Rahmen dieser Mitwirkung zuweist.

Bei der Bestimmung der "leitenden Angestellten" nach ihrer Funktion im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, also an Hand der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats, kommt es nur darauf an, daß dem Betriebsrat irgendein Mitwirkungsrecht eingeräumt ist. Unbeachtlich ist, welcher Art oder Intensität das Mitwirkungsrecht ist. Das heißt, es ist irrelevant, ob es sich um Informationsrechte, Anhörungs-, Beratungs- und Initiativrechte, Zustimmungs- und Vetorechte oder um Mitbestimmungsrechte [65] handelt. Denn jeder einzelnen dieser Mitwirkungsfunktionen des Betriebsrats steht eine Funktion des Arbeitgebers gegenüber. Hat der Arbeitgeber seine sich aus dem Mitwirkungskatalog des Betriebsrats ergebenden Funktionen auf einen Angestellten delegiert, so ist dieser Angestellte "Leitender". Dieser Angestellte erfüllt das für § 5 Abs. 3 BetrVG wesentliche Abgrenzungsmerkmal des "funktionalen

---

63) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977;

64) ähnlich wohl Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 47; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 258; Rose, AuR 315; auch schon Höpp, RdA 1960, 178

65) vgl. Schaub, Der Betriebsrat, S. 165

Gegensatzes zum Betriebsrat", das sowohl bei intensiven Funktionskollisionen (zum Beispiel bei den Mitbestimmungsrechten im Sinne des § 87 BetrVG) als auch bei nur schwächeren Kollisionen (zum Beispiel bei Informationsrechten) gegeben ist.

Eine Übersicht über die verschiedenen Mitwirkungsrechte mag dies verdeutlichen:

(1.) Informationsrechte

Die Informationsrechte des Betriebsrats sind allgemein in § 80 Abs. 2 BetrVG geregelt und speziell in den Vorschriften der §§ 85 Abs. 3, 89 Abs. 4, 90, 92, 99 Abs. 1, 100 Abs. 2, 105, 106, 108 Abs. 4 und 111 BetrVG [66]. Wie sich aus § 80 Abs. 2 BetrVG ergibt, bedeutet ein Informationsrecht, daß der Arbeitgeber den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über die entsprechende Angelegenheit zu unterrichten hat. Sofern der Betriebsrat es verlangt, muß der Arbeitgeber auch jeweils die zur Information notwendigen Unterlagen vorlegen. Die Informationsrechte sind zwar die schwächsten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, da sie nicht grundsätzlich mit einem Beratungs- oder sonstigen weitergehenden Mitbestimmungsrecht verbunden sind. Es handelt sich aber um echte Mitbestimmungsrechte, die teils durch die Bußgeldvorschrift des § 121 BetrVG abgesichert sind.

Mit Blick auf die Informationsrechte des Betriebsrats steht derjenige Angestellte in funktionalem Gegensatz

---

66) Schaub, aaO., S. 165, 166

zum Betriebsrat, der verpflichtet ist, anstelle des Arbeitgebers selbständig den Betriebsrat im erforderlichen Umfang zu unterrichten [67]. Der "leitende Angestellte" muß selbständig über das "ob" und "wie" der Information entscheiden, und er muß die eventuellen Konsequenzen einer Falschinformation tragen. Deutlich wird die "leitende"Stellung insbesondere dann, wenn sich ein Angestellter wegen der Unterlassung bestimmter Informationen bußgeldpflichtig macht (§ 121 BetrVG).

(2.) Anhörungsrechte

Anhörungsrechte des Betriebsrats sind in den Fällen der §§ 8o Abs. 1 Nr. 2, 85 Abs. 1 und 1o2 BetrVG gegeben [68]. Im Rahmen der Anhörungsrechte hat der Arbeitgeber den Betriebsrat anzuhören, Anträge und Beschwerden entgegen zu nehmen und sich mit den Vorstellungen des Betriebsrats auseinanderzusetzen. Häufig sind Anhörungsrechte -wie sich aus §§ 85 Abs. 1 und 1o2 BetrVG ergibt- gerade dann gegeben, wenn der Arbeitgeber Maßnahmen ergreift oder ergreifen will, die die Belegschaft oder auch nur ein Belegschaftsmitglied beeinträchtigen.

Dementsprechend ergibt sich bei Anhörungsrechten die Position eines "leitenden Angestellten". Wer als Angestellter selbständig eine Entscheidung zu treffen hat, die für den Betriebsrat oder für einen vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer nachteilig sein kann, hat in den gesetzlich geregelten Fällen den gegenüber dem Arbeitgeber bestehenden Anhörungsanspruch des

---

67) ähnlich wohl Rüthers/Stindt, BB 1972, 978

68) vgl. Schaub, Der Betriebsrat, S. 167

Betriebsrats kraft Delegation der unternehmerischen Funktion zu erfüllen. Dieser Angestellte steht bei den Anhörungsrechten im funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat. Deutlich wird das in den Fällen, in denen ein Angestellter selbständig über Kündigungen zu entscheiden hat (§ 1o2 BetrVG) [69]. Der Angestellte trifft selbständig eine für einen anderen nachteilige Entscheidung; daher hat der "leitende Angestellte" die Interessenvertretung dieses benachteiligten Arbeitnehmers zu hören.

(3.) Beratungsrechte

Beratungsrechte des Betriebsrats sind zum Beispiel in den §§ 89, 9o, 92, 96 Abs. 1, 97, 1o6 Abs. 1 und 111 Abs. 1 BetrVG geregelt [7o]. Auf Grund eines Beratungsrechts hat der Arbeigeber jeweils ausführlich mit dem Betriebsrat zu diskutieren und zu verhandeln. Beratungsrechte gehen also weiter als die Anhörungsrechte. Der Arbeitgeber braucht sich nicht nur die Anregungen und Einwände des Betriebsrats anzuhören, er muß vielmehr aktiv werden und mit dem Betriebsrat die jeweiligen Themen eingehend erörtern. Die Verwirklichung eines Beratungsrechts setzt auch eine hinreichende Information des Betriebsrats durch den Arbeitgeber voraus.

Ein Angestellter, der die aus den Beratungsrechten des Betriebsrats fließenden Pflichten des Arbeitgebers wahrzunehmen hat, ist "leitender Angestellter".

---

69) hier ist zu beachten, daß sich auch hier die Position des "leitenden Angestellten" im Sinne des Oberbegriffs des § 5 Abs. 3 BetrVG nicht aus der Nummer 1 des § 5 Abs. 3 BetrVG ergibt, sondern aus der Vorschrift des § 1o2 BetrVG.

7o) vgl. Schaub, Der Betriebsrat, S. 167

Er steht derart im funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat, daß eine potentielle Betriebsratsmitgliedschaft dieses Angestellten zu einer Inkompatibilität [71] führen würde. Dieser Angestellte kann nicht im Rahmen der Beratungsrechte beide Diskussionspartner, Arbeitgeber und Betriebsrat, gleichzeitig vertreten.

(4.) Initiativrechte

Initiativrechte des Betriebsrats sind allgemein in § 8o Abs. 1 BetrVG und speziell in einigen Vorschriften aus dem Bereich der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, nämlich in den §§ 92, Abs. 2, 93, 95 Abs. 2 und 96 BetrVG [72]; weiterhin sind nach herrschender Meinung auch in den Fällen des § 87 Abs. 1 BetrVG Initiativrechte gegeben. Steht dem Betriebsrat ein Initiativrecht zu, so bedeutet das, daß der Betriebsrat von sich aus, also nicht erst aus Anlaß einer bestimmten Maßnahme des Arbeitgebers, sich an den Arbeitgeber werden kann. Der Betriebsrat kann aus eigener Rechtsstellung und aus eigener Initiative dem Arbeitgeber bestimmte Vorschläge machen (§ 92 Abs. 2 BetrVG) oder vom Arbeitgeber bestimmte Maßnahmen verlangen (§§ 93, 95 Abs. 2, 96 BetrVG); unter Umständen sind diese Maßnahmen auch erzwingbar (§ 87 Abs. 2 BetrVG).

Wenn sich der Betriebsrat zur Verwirklichung eines Initiativrechts nicht an den Arbeitgeber selbst wenden muß, sondern an einen Angestellten, der in den Bereichen, auf die sich die Initiativrechte erstrecken, selbständig

---

71) s. dazu Rose, AuR 1972, 315; Apel, BB 197o, 1145; ähnlich Beuthien, SAE 1974, 175

72) vgl. Schaub, Der Betriebsrat, S. 167

entscheidet, so steht dieser Angestellte im funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat. Dieser Angestellte ist "leitender Angestellter", weil er die Funktion ausübt, die das Betriebsverfassungsgesetz dem Arbeitgeber zugeschrieben hat.

(5.) Widerspruchs- oder Vetorechte

Widerspruchs- oder Vetorechte hat der Betriebsrat im wesentlichen bei Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen oder Versetzungen (§ 99 Abs. 3 BetrVG) und bei Kündigungen (§ 1o2 Abs. 3 BetrVG) [73].

Auf Grund dieser Mitbestimmungsrechte kann der Betriebsrat der Durchführung bestimmter Maßnahmen widersprechen mit der Folge, daß der Arbeitgeber diese Maßnahme nicht durchführen kann, es sei denn, die Zustimmung des Betriebsrats wird durch Spruch des Arbeitsgerichts ersetzt (vgl. § 99 Abs. 4 BetrVG).

Bei den Widerspruchsrechten des Betriebsrats wird deutlich erkennbar, daß eine potentielle Mitgliedschaft eines "leitenden Angestellten" zu einer Inkompatibilität führen würde. Ein Angestellter, der in den Bereichen selbständig zu entscheiden hat, die von den Widerspruchsrechten des Betriebsrats erfaßt werden, müßte als Vertreter des Arbeitgebers eine Frage in einer bestimmten Art und Weise entscheiden, und er müßte als präsumtives Betriebsratsmitglied eventuell gerade gegen seine eigene Entscheidung Stellung beziehen.

---

73) vgl. Schaub, Der Betriebsrat, S. 168

(6.) Mitbestimmungsrechte

Mitbestimmungsrechte sind dem Betriebsrat in den §§ 87, 94, 98, 1o2 Abs. 6 und 1o3 BetrVG [74] eingeräumt. Diese "Mitbestimmung" im Rahmen der Betriebsverfassung ist die stärkste Form der Beteiligung des Betriebsrats an betrieblichen Entscheidungen. Denn sofern nicht schon das Gesetz "Mitbestimmung" als "Zustimmungserfordernis" im Sinne einer Wirksamkeitsvoraussetzung definiert (so in den §§ 94, 95, 1o2 Abs. 6, 1o3 BetrVG), bedeutet nach der zutreffenden herrschenden Meinung "Mitbestimmung" auch in den übrigen Fällen (§§ 87, 98 BetrVG), daß die Zustimmung des Betriebsrats zur entsprechenden Maßnahme einzuholen ist, und daß erst die Zustimmung die Maßnahme rechtlich wirksam macht [75]. Die Richtigkeit dieser herrschenden Meinung ergibt sich insbesondere aus § 87 Abs. 2 BetrVG und aus § 98 Abs.4 und 5 BetrVG, wo von dem Einigungserfordernis im Rahmen dieser "Mitbestimmung" die Rede ist; eine "Einigung" beruht aber letztlich auf zwei Zustimmungen.

Der Angestellte, der in den Angelegenheiten ein vom Arbeitgeber abgeleitetes selbständiges Entscheidungsrecht hat, die vom "Mitbestimmungsrecht" des Betriebsrats umfaßt werden, steht in funktionalem Gegensatz zum Betriebsrat, weil er seine Entscheidung nicht ohne die Zustimmung des Betriebsrats durchsetzen kann. Dieser Angestellte ist der Gegenpart des Betriebsrats, an den sich der Betriebsrat zur Verwirklichung seines "Mitbestimmungsrechts" wenden muß. Wäre dieser

---

74) vgl. Schaub, Der Betriebsrat, S. 168

75) zur herrschenden Meinung vgl. z.B. Reuter/Streckel, S. 21 ff.; anders Schlüter, DB 1972, 92 ff., 139 ff. (zu § 87 BetrVG);

Angestellte betriebsverfassungsrechtlich nicht anders gestellt als die übrigen Arbeitnehmer, so könnte er auch Betriebsratmitglied sein, und er würde in einer Person sowohl entscheiden als auch mitentscheiden. Er würde funktional sowohl auf Seiten des Arbeitgebers als auch der Arbeitnehmerschaft stehen und könnte so weder seiner Aufgabe als Angestellter noch seiner möglichen Aufgabe als Betriebsratsmitglied gerecht werden.

dd) "Linien-" und "Stabsangestellte" als "leitende Angestellte"

Somit führt die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG zu dem Ergebnis, daß "Leitender" grundsätzlich nur sein kann, wer echte Befugnisse im Sinne der "Linienbefugnisse", also Organisations-, Anordnungs- und Disziplinarbefugnisse, innehat.

Die von jeglicher "Linienbefugnis" isolierte Stabstätigkeit", die insgesamt nur beratender Art ist, kann nicht ohne weiteres zur Stellung eines "leitenden Angestellten" führen. Vielmehr kann ein "Stabsangestellter" nur dann "leitender Angestellter" sein, wenn er die aus den Beratungsrechten des Betriebsrats fließenden Pflichten des Arbeitgebers selbständig, also ohne jeweils konkreten Weisungen des Arbeitgebers zu unterliegen, wahrzunehmen hat. Nur ein solcher "Stabsangestellter" steht im funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat, da er nicht gleichzeitig im Rahmen der Beratungsrechte beider Partner, Arbeitgeber und Betriebsrat, vertreten kann.

Ansonsten ist bei einem "Stabsangestellten", der keine "Linienfunktionen" hat, ein funktionaler Gegensatz

zum Betriebsrat nicht erkennbar. Zwar ist die "Stabsarbeit" eines hoch qualifizierten Angestellten, der keine Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat hat, zum Bereich unternehmerischer Aufgaben zu rechnen [76], aber die fachliche Qualifikation allein -mag sie auch noch so hervorragend sein- begründet nicht die Gegenposition zum Betriebsrat. Erst derjenige, der -wenn auch auf Grund der Beratung durch die "Stabsstelle" (und durch den Wirtschaftsausschuß)- die Durchführung einer Angelegenheit anordnet, steht funktional im Gegensatz zum Betriebsrat. Verdeutlichen läßt sich dies dadurch, daß sich der Betriebsrat im Rahmen seiner Mitwirkungsbefugnis nicht an die "Stabsstelle", sondern an die jeweilige "Linienstelle" wendet und wenden muß, um Erfolg mit seiner Intervention zu haben.

Es ist insgesamt auch sonst kein Grund ersichtlich, die qualifizierten Kräfte, sofern sie nicht Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat haben, fast ganz (bis auf die Vorschrift des § 1o5 BetrVG) des Schutzes des Betriebsverfassungsgesetzes zu entheben. Der Gesetzgeber verfolgte nicht mit der Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG den Zweck, dem Interesse des Arbeitgebers zu dienen und einen möglichst großen Kreis von Arbeitnehmern dem Einflußbereich des Betriebsrats zu entziehen und die qualifizierten Kräfte betriebsverfassungsrechtlich auf die Seite des Arbeitgebers zu stellen [77].

---

76) mit diesem Argument der "unternehmerischen Tätigkeit" eines "Stabsangestellten" begründet die herrschende Meinung die Positionen von qualifizierten Angestellten als die "leitender Angestellter", vgl. z.B. Boldt, S. 7 f.m.w.N.; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn 4; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1o4; Janert, DB 1974, 287 f.; Borgwardt, BB 1971, 11o8; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 138; Rüthers/Stindt, BB 1972, 977; BAG NJW 1974, 968; Nozar, S. 1o7 ff.;

(Forts. nächste Seite)

Aufgabe des Betriebsverfassungsgesetzes und dieser speziellen Norm ist es ausschließlich, die Arbeitnehmer zu schützen. Qualifizierte Arbeitnehmer sind genauso schutzwürdig wie alle anderen Arbeitnehmer auch. Weiterhin stellt es keine Inkompatibilität dar, wenn ein Angestellter auf der einen Seite rein fachlich tätig ist und beispielsweise die Ergebnisse seiner Forschungen dem Arbeitgeber mitzuteilen hat, und er andererseits als Betriebsratsmitglied die arbeitsrechtlichen Interessen der Arbeitnehmerschaft wahrzunehmen oder geltend zu machen hat. Es würden hier nicht zwei Funktionen kollidieren, sondern es ergäbe sich nur eine Vereinigung -also keine Kollision- von fachlichem Können und Betriebsratsmitgliedschaft in einer Person, die aber betriebsverfassungsrechtlich ohne jegliche Relevanz ist.

ee) Mitglieder eines Teams als "leitende Angestellte"

Das gerade Gesagte gilt selbstverständlich auch für Mitglieder eines "Stabsteams". Ein Mitarbeiter in einem "Stabsteam", der keinerlei "Linienfunktion" hat und auch nicht die aus den Beratungsrechten des Betriebsrats fließenden Pflichten des Arbeitgebers wahrnimmt, ist nicht "leitender Angestellter" im Sinne des vorgegebenen Oberbegriffs des § 5 Abs. 3 BetrVG.

In einem kooperativ gegliederten Team mit ausschließlich beratender Funktion, also ohne Anordnungs-,Organisations- oder Disziplinarbefugnis, sind daher nur dann "leitende Angestellte" im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn vorhanden, wenn Beratungspflichten auch gegenüber dem

---

(Forts. v. S. 152)
77) Höpp, RdA 1960, 178, bezeichnete dies als "Konkurrenz um den einzelnen qualifizierten Kopf";

Betriebsrat bestehen. Handelt es sich dagegen um ein hierarchisch gegliedertes "Stabsteam", so ist ein Mitarbeiter dieses Teams schon dann "Leitender" im hier zu behandelnden Sinne, wenn er neben der "Stabstätigkeit" "Linienbefugnisse" im Team wahrzunehmen hat, die ihn in einen funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat stellen [78].

d) Der Begriff "Gegnerbezug" und die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Begriff des "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes.

aa) "Gegnerbezug"

Auch Rüthers/Stindt erkannten, daß der Gesetzgeber als Entscheidungsrichtung für die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs des "leitenden Angestellten" eine funktionale Abgrenzung vorgegeben hat, und sie prägten in diesem Zusammenhang den Begriff "Gegnerbezug" [79], den die nachfolgende Literatur und Rechtsprechung verschiedentlich aufgriff und verwendete [8o].

Soweit mit diesem Begriff ein funktionaler Gegensatz zum Betriebsrat ("direkter Gegnerbezug") [81] gemeint ist, ist nichts gegen ihn einzuwenden; er entspricht dem hier gefundenen Ergebnis der Gesetzesauslegung.

---

78) anders wohl Gaul, Der leitende Angestellte, S. 32 ff.;

79) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977; vgl. auch oben, § 2, II 2 b;

8o) z.B. Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1o5; Rose, AuR 1972, 315; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 396; Herrmann, BB 1974, 938; Rüthers, JZ 1974, 628; BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1975, 4o6; BAG DB 1975, 1o31 ff.; LAG Hamm, DB 1973, 2353; ablehnend aber Janert, DB 1974, 286 ff.; ders., DB 1974, 1238; Hoffmann, NJW 1974, 1164; Beuthien, SAE 1974, 176

(Forts. nächste Seite)

Aber die Behauptung von Rüthers - Stindt, aus der Tätigkeit eines "Stabsangestellten" ergäbe sich ein "indirekter Gegnerbezug" zum Betriebsrat [82], dieser "indirekte Gegnerbezug" sei jedoch dem "direkten" gleichzustellen [83] und begründe die Position eines betriebsverfassungsrechtlichen "leitenden Angestellten", kann nicht gefolgt werden. [84] Denn der nach Rüthers - Stindt dem "direkten Gegnerbezug" gleichzusetzende "indirekte Gegnerbezug" entsteht nicht durch eine echte Kollision der Funktionen eines Angestellten mit den Funktionen des Betriebsrats, sondern der "indirekte Gegnerbezug" entsteht nach Rüthers - Stindt durch "ein hohes Maß an Interessenidentifikation mit den Unternehmenszielen [85]. Wegen dieser Interessenidentifikation brauchten "die Tätigkeiten eines leitenden Angestellten keine unmittelbaren Berührungspunkte mit den Kompetenzen des Betriebsrats haben" [86], das heißt, ein "leitender Angestellter" braucht nicht der kompetente Gesprächspartner des Betriebsrats zu sein, er muß sich nur bei seiner Aufgabenwahrnehmung mit den Interessen des Arbeitgebers identifizieren.

Diese Ansicht von Rüthers - Stindt ist nicht vereinbar mit dem oben dargestellten [87] Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 BetrVG, nur die Arbeitnehmer von den Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes auszunehmen,

---

(Forts. v. S. 154)

81) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977; vgl. auch oben, § 2, II, 2 b; ähnlich wohl Nozar, S. 113;

82) Rüthers/Stindt, aaO.

83) Rüthers/Stindt, aaO.

84) ablehnend auch Janert, DB 1974, 287; ders., DB 1974, 1238; Hoffmann, NJW 1974, 1164; Beuthien, SAE 1974, 176; a.M. aber wohl z.B. Nozar, S. 11

(Forts. nächste Seite)

bei denen Inkompatibilitäten wegen eines funktionalen Gegensatzes zum Betriebsrat entstehen können. Auf eine "Interessenidentifikation" mit dem Arbeitgeber und auf das Selbstverständnis der "leitenden Angestellten" generell kann es nicht ankommen [88], hieraus ergibt sich kein funktionaler Gegensatz zum Betriebsrat. Nur wer als Angestellter Befugnisse im Sinne von "Linienbefugnissen" hat oder wer als "Stabsangestellter" Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat hat, kann derart im Gegensatz zum Betriebsrat stehen, daß er als "leitender Angestellter" zu behandeln ist; der -wie Rüthers - Stindt sagen- "indirekte Gegnerbezug" [89] eines Stabsangestellten ist dazu nicht ausreichend.

bb) Die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Abgrenzung des Begriffs des "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsrechts [90]

Das Bundesarbeitsgericht geht bei der Abgrenzung des Begriffs des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG zunächst zutreffend davon aus, daß die betriebsverfassungsrechtliche Sonderstellung der "leitenden Angestellten" durch den "gleichsam natürlichen Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeit-

---

(Forts. v. S. 155)

85) Rüthers/Stindt, aaO.

86) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977

87) s. oben, § 3, II, 4 b; a.M. auch wohl Nozar, S. 113 f.

88) ähnlich Janert, DB 1974, 287

89) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977; a.M. wohl Nozar, S. 109 ff.;

90) in der folgenden Darstellung wird im wesentlichen nur auf die grundlegende Entscheidung vom 5. März 1974, BAG NJW 1974, 965, eingegangen, da die späteren Entscheidungen inhaltsmäßig nicht divergieren, sondern höchstens den ersten Beschluß verdeutlichen.

Arbeitnehmerschaft, repräsentiert durch den Betriebsrat" [91] bedingt ist.

Des weiteren führt das Bundesarbeitsgericht aber aus, daß die "leitenden Angestellten" deshalb aus dem Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes herausgenommen seien, weil sie innerhalb des Interessengegensatzes zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft Arbeitgeberinteressen wahrzunehmen hätten. Für nur nebensächlich hält das Bundesarbeitsgericht hierbei die Überprüfung, ob zwischen den Funktionen eines Angestellten und den Funktionen des Betriebsrats Kollisionen im Sinne des oben beschriebenen funktionalen Gegensatzes [92] möglich sind. Vielmehr stellt das Gericht entscheidend darauf ab, ob der "leitende Angestellte" überhaupt einen "beachtlichen Teilbereich unternehmerischer Aufgaben" [93] wahrnimmt und daher "in die Nähe des Arbeitgebers" [94] rückt.

Das Bundesarbeitsgericht betrachtet also die "leitenden Angestellten" aus dem Gesichtspunkt der Interessenidentifikation mit dem Arbeitgeber durch Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen. Dadurch läßt es

---

91) BAG NJW 1974, 968

92) Das Bundesarbeitsgericht sagt in NJW 1974, 968: "Der Grundgedanke des § 5 Abs. 3 BetrVG verlangt daher auch eine Wertung der Funktion des Angestellten im Hinblick darauf, ob er unternehmerische Aufgaben ausübt, bei denen der Betriebsrat ein Beteiligungsrecht stärkeren oder minderen Grades hat (sog. "Gegnerbezug"). Das Gericht verkennt hier, daß es nur auf die Feststellung eines funktionalen Gegensatzes ankommt und nicht nur nebensächlich "auch".

93) BAG NJW 1974, 968

94) BAG aaO.

-sogar expressis verbis- den Gesichtspunkt des Interessengegensatzes im Einzelfall zurücktreten [95]. Das Bundesarbeitsgericht hätte aber in konsequenter Weiterentwicklung dieses zunächst richtig erkannten und wesentlichen Gesichtspunktes des Interessengegensatzes erkennen müssen, daß es bei der Abgrenzung der "leitenden Angestellten" nur auf Funktionskollisionen ankommen kann. Das heißt, das Bundesarbeitsgericht hätte Wert auf die Feststellung legen sollen, ob der Interessengegensatz des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat sich im Einzelfall deshalb auch auf einen Angestellten erstreckt, weil dieser selbständig die Funktionen wahrzunehmen hat, die den Funktionen des Betriebsrats entgegengesetzt sind. Solche Funktionskollisionen sind aber nicht immer schon dann gegeben, wenn ein Angestellter einen "beachtlichen Teilbereich unternehmerischer Aufgaben wahrnimmt" [96].

Das Bundesarbeitsgericht sagt aber auch nicht definitiv, was exakt "unternehmerische Aufgaben sind, und es macht nicht deutlich, wann schließlich ein Angestellter "beachtliche Teilbereiche" unternehmerischer Aufgaben wahrnimmt. Diese nicht sehr präzise Aussage läßt keine objektive Auslegung zu, sondern birgt zu sehr die Möglichkeit, willkürlich zu bestimmen, was ein "beachtlicher Teilbereich" ist, und somit auch die Möglichkeit, eine willkürliche Entscheidung über die Zugehörigkeit zum Kreis der "leitenden Angestellten" zu treffen.

---

95) BAG aaO.

96) so BAG aaO.; auch BAG DB 1975, 4o6; BAG DB 1975, 1o31; zustimmend Grüll, BB 1974, 654; Nozar, S. 112;

Vom Standpunkt des Bundesarbeitsgerichts ist es weiterhin aber konsequent zu sagen, die Unterscheidung "Linien-" und"Stabsangestellte" spiele keine Rolle bei der Abgrenzung der "leitenden Angestellten"; auch der Angestellte mit "Stabsfunktionen" könne ohne weiteres "leitender Angestellter" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sein [97]. Denn die planenden Tätigkeiten eines "Stabsangestellten" lassen sich möglicherweise als "beachtlicher Teilbereich unternehmerischer Aufgaben" [98] ansehen, so zum Beispiel wohl bei einem Wissenschaftler, der ausschließlich forschend und ohne selbständiges Entscheidungsrecht tätig ist [99]. Es ist aber schon oben [1oo] dargelegt, daß die von jeglicher "Linienbefugnis" isolierte und nicht mit Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat verbundene "Stabstätigkeit", also die nur beratende, planende oder forschende Tätigkeit, nicht zur Stellung eines "leitenden Angestellten" führt [1o1]. Denn ein solcher "Stabsangestellter" nimmt nicht funktional die Aufgaben des "sozialen Gegenspielers" [1o2] des Betriebsrats wahr, er ist nicht der kompetente Gesprächspartner des Betriebsrats und steht somit nicht im funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat.

---

97) BAG NJW 1974, 968; BAG DB 1975, 4o6; BAG DB 1975, 1o31; zustimmend auch Rüthers, JZ 1974, 628; ähnlich Säcker, DLA 1974, Heft 6, S. 21

98) BAG NJW 1974, 968; Nozar, S. 112;

99) vgl. auch Fischer, DB 1972, 438; Boldt, S. 7; Borgwardt, BB 1971, 11o8; Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 138

1oo) s. oben, § 3,II, 4 c

1o1) ähnlich auch Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1972, 258; Rose, AuR 1972, 315 f.; Höpp, RdA 196o, 178; Föhr, DB 1974, 1768; wohl auch Beuthien, SAE 1974, 176; Meenzen, S. 68 ff.; dagegen aber z.B. Gaul, Der leitende Angestellte, S. 32 ff.; Herrmann, BB 1974, 934 ff.; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1o4; Galperin, Leitfaden, S. 22

Es steht in Einklang mit Sinn und Zweck des Betriebsverfassungsgesetzes, wenn zum Beispiel ein angestellter Wissenschaftler ohne eigene Entscheidungsgewalt und ohne Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat auch im Betriebsrat mitarbeiten würde und er hinsichtlich seiner Interessen auch vom Betriebsrat auch vertreten würde. Somit kann dem Bundesarbeitsgericht nicht gefolgt werden, wenn es sagt, auch "Stabsangestellte" könnten ohne weiteres betriebsverfassungsrechtlich "leitende Angestellte" sein.

5.) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß der Begriff des "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG, der zu den speziellen Merkmalen der Nummern 1 bis 3 als Tatbestands-merkmal hinzutreten muß, ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, der konkretisiert werden muß [1o3].

Als Entscheidungstendenz hat der Gesetzgeber eine funktionale Abgrenzung vorgegeben. Nur der Angestellte, dem derart Arbeitgeberaufgaben delegiert sind, daß er der kompetente Gesprächspartner des Betriebsrats -anstelle des Arbeitgebers- ist, der also in einem funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat steht, ist "leitender Angestellter" im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne.

Somit beschränkt sich der Kreis der "leitenden Angestellten" zunächst einmal auf die Bereiche, auf denen dem Betriebsrat irgendeine betriebsverfassungsrechtliche

---

1o2) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977

1o3) vgl. dazu Schlüter, Das Obiter Dictum, S. 115 ff.;

Mitwirkungskompetenz, die sich aus den §§ 8o bis 113 BetrVG ergibt, zusteht. Weiterhin beschränkt sich der Kreis der "leitenden Angestellten" auf die Angestellten, die innerhalb der genannten Bereiche entweder "Linienbefugnisse", das heißt Organisations-, Anordnungs- und Disziplinarbefugnisse haben oder die die aus den Beratungsrechten des Betriebsrats fließenden Pflichten des Arbeitgebers selbständig wahrnehmen.

Die rein beratende "Stabsfunktion" eines Angestellten ohne Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat erfüllt nie das Abgrenzungskriterium "funktionaler Gegensatz zum Betriebsrat", da ein solcher "Stabsangestellter" weder die Entscheidung zu treffen hat, die das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats begründet, noch eine Entscheidung auf Grund der Intervention des Betriebsrats zu treffen hat, noch anstelle des Arbeitgebers verpflichtet ist, den Betriebsrat zu beraten.

Sowohl Rüthers - Stindt [1o4)], die zur Abgrenzung der "leitenden Angestellten" den Begriff "Gegnerbezug" prägten, als auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Bestimmung des Begriffs des "leitenden Angestellten" [1o5)] rufen Kritik hervor. Denn sowohl Rüthers - Stindt als auch das Bundesarbeitsgericht erkannten zunächst zutreffend, daß sich der "leitende Angestellte" letztlich aus dem Spannungsverhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft, vertreten durch den Betriebsrat, ergibt. Diesen richtigen Ansatzpunkt

---

1o4) Rüthers/Stindt, BB 1972, 973 ff.;

1o5) BAG NJW 1974, 965; BAG DB 1975, 4o6; BAG DB 1975, 1o31 ff.

haben aber sowohl Rüthers - Stindt als auch das Bundesarbeitsgericht später verlassen und auf die interessenmäßige Arbeitgebernähe auf Grund hoher Qualifikation abgestellt. Sie hätten aber konsequent, also in Weiterentwicklung der richtigen Ausgangsüberlegung, erkennen müssen, daß es ausschließlich auf Kollisionen zwischen den Funktionen eines Angestellten und den Funktionen des Betriebsrats ankommt, nicht aber auf die -meist gar nicht nachprüfbare- Arbeitgebernähe auf Grund hoher Qualifikation ("indirekter Gegnerbezug" [106]).

---

106) Rüthers/Stindt, BB 1972, 977

§ 4) Die speziellen Merkmale des § 5 Abs. 3 Nrn. 1 bis 3 BetrVG

I.) Überblick

Die bisherige Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG führte zu dem Ergebnis, daß diese Norm einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, der als Tatbestandsmerkmal zu den zusätzlichen Merkmalen der Nummern 1 bis 3 hinzutreten muß. Ohne diese Kumulation von Tatbestandsmerkmalen ist ein Arbeitnehmer nicht als "leitender Angestellter" von der Regelung des Betriebsverfassungsgesetzes ausgenommen.

Es kann also zunächst Personen geben, die "leitende Angestellte" entsprechend dem betriebsverfassungsrechtlichen Oberbegriff sind, die aber der betriebsverfassungsrechtlichen Regelung unterstellt sind, weil sie nicht eines der zusätzlichen Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG aufweisen. Allerdings wird diese Situation praktisch nur sehr selten vorkommen. Denn der Angestellte, der derart Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, daß er im oben beschriebenen funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat steht, wird wohl im Normalfall zumindest die Merkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG aufweisen, nämlich "im wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahrnehmen, die ihm regelmäßig wegen deren Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen sind".

Es läßt sich jedoch nicht umgekehrt argumentieren, daß jeder, der eines oder mehrere zusätzliche Merkmale des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllt, auch immer

"leitender Angestellter" im Sinne des vorgegebenen Oberbegriffs ist [1], sich also in funktionalem Gegensatz zum Betriebsrat befindet. Insbesondere gilt dies hinsichtlich der Nummer 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG [2]. Denn die dort beschriebenen Tätigkeiten können sowohl Tätigkeiten im Sinne von "Linienfunktionen" als auch Tätigkeiten im Sinne von "Stabsfunktionen" sein. "Stabsfunktionen" führen aber gerade, wie oben beschrieben, nicht zu einem funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat und somit nicht zur Position eines "leitenden Angestellten" im Sinne des vorgegebenen Oberbegriffs.

In den voranstehenden Ausführungen wurde nur der vorgegebene Oberbegriff des "leitenden Angestellten" untersucht, dessen Begriffsinhalt als das wesentliche Tatbestandsmerkmal des § 5 Abs. 3 BetrVG anzusehen ist. Die speziellen Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG wurden bisher nur dahingehend untersucht, ob sie geeignet sind, den vorgegebenen Oberbegriff aufzuschlüsseln oder zu beschreiben [3]. Im folgenden sollen daher nun die Kriterien der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG auf ihren Inhalt hin untersucht werden.

Vorweg sei festgestellt, daß in Literatur und Rechtsprechung kaum Streit besteht über den Inhalt der Tatbestandsmerkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG. Diese Feststellung soll aber nicht bedeuten, daß allen unstreitigen Meinungen und Ansichten eo ipso zu folgen ist.

---

1) so aber z.B. Boldt, S. 15; wie hier Nozar, S. 45;

2) gerade aber § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG wird häufig als "Auffangtatbestand" für den allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" angesehen, vgl. z.B. Grüll,

(Forts. nächste Seite)

II.) Die Bedeutung von "Dienststellung und Dienstvertrag" im Einleitungssatz des § 5 Abs. 3 BetrVG

1.) Funktion dieser Merkmale

Ein Angestellter muß, um "leitender Angestellter" zu sein, "nach Dienststellung und Dienstvertrag" eines der speziellen Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllen.

Diese Formulierung ist eine Neuschaffung des Gesetzgebers des Betriebsverfassungsgesetzes von 1972; § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 enthielt keine ähnliche Wendung.

Der Zweck der Verwendung dieser beiden Begriffe geht expressis verbis aus den Gesetzesmaterialien [1] hervor: das Gesetz sollte gegenüber dem älteren Recht einen objektiveren und somit leichter feststellbaren Inhalt haben [2]. Weder subjektive Gesichtspunkte sollen bei der Abgrenzung des "leitenden Angestellten" und im Rahmen der zusätzlichen Merkmale der Nummern 1 bis 3 eine Rolle spielen, noch soll die Möglichkeit bestehen, daß ein Angestellter nur pro forma im Anstellungsvertrag als "Leitender" mit einer der in § 5 Abs. 3 BetrVG beschriebenen Funktion bezeichnet wird, ohne diese

---

(Forts. v. S. 164)

BB 1974, 654; Fischer, DB 1972, 437 f.; Zöllner, in Festschr. f. Dietz, S. 384; Witte/Bronner, DB 1974, 1233; dieselben, DB 1974, 1863; a.M. wohl Nozar, S. 46 ff.;

3) vgl. hierzu auch Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 38; Wiegand, S. 34; vgl. auch Nozar, S. 45, 137;

(Forts. nächste Seite)

Tätigkeit in Wirklichkeit auszuüben. Der "leitende Angestellte" muß sowohl tatsächlich ("nach Dienststellung") als auch rechtlich ("nach Dienstvertrag") [3] eine der in den Nummern 1 bis 3 genannten Funktionen wahrnehmen; beide Merkmale haben die gleiche Wertigkeit [4].

Die beiden hier zu behandelnden Merkmale beziehen sich auf alle drei Nummern des § 5 Abs. 3 BetrVG, jede der dort bezeichneten Funktionen muß "nach Dienststellung und Dienstvertrag" wahrgenommen werden [5]. Dies ist jedoch nicht gänzlich unbestritten. Einige Autoren behaupten nämlich, diese beiden Merkmale hätten keine Bedeutung für § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG [6], während Brecht [7] gerade entgegengesetzt behauptet, diese Merkmale hätten prinzipiell nur Bedeutung für die Nummer 3, nicht aber für die ersten beiden Nummern. Diese Autoren, die sich gegen die herrschende Meinung wenden, übersehen aber die systematische Stellung dieser Merkmale. Sie stehen vor allen drei Nummern, praktisch als "allgemeiner Teil", der auf den "besonderen Teil" der Nummern 1 bis 3 anzuwenden ist und für diesen eine gewisse Filterfunktion hat.

---

1) s. den schriftl. Bericht des Ausschusses f. Arbeit und Sozialordnung, zu BT-Drucks. VI/2729, S. 11

2) vgl. auch Boldt, S. 3o; Grüll, BB 1974, 653; ders., RdA 1972, 175; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 23; Stege/Weinspach, S. 4o; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 11; Nozar, S. 1o9, 139;

3) Galperin, Leitfaden, S. 22; Nozar, S. 149;

4) Boldt, S. 31

5) h.M., vgl. z.B. Boldt, S. 29 ff.; Grüll, RdA 1972, 175; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 11

6) Wiedemann, RdA 1972, 216; Dietz/Richardi, § 5 Rdn.1o7

7) Brecht, § 5 Rdn. 21

2.) Inhalt dieser Merkmale

a) "Nach Dienststellung"

Der Begriff "nach Dienststellung" weist auf die Stellung eines Angestellten im Betrieb hin [8] und bedeutet, daß der Angestellte tatsächlich eine der in den Nummern 1 bis 3 beschriebenen Funktionen wahrnehmen muß [9].

Damit ist zunächst jede willkürliche Festlegung des Personenkreises der betriebsverfassungsrechtlichen "leitenden Angestellten" durch den Arbeitgeber ausgeschlossen. Während die bloße Funktionsbezeichnung (z.B. "Prokura" im Sinne von "Titularprokura" [10]) zur Zeit der Geltung des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 durchaus ausreichte [11], kann dies im Rahmen des § 5 Abs. 3 BetrVG nicht mehr gelten. Die qualifizierende Tätigkeit muß auch tatsächlich vom jeweiligen Angestellten ausgeübt werden [12]. Soll zum Beispiel die -im Innenverhältnis beschränkbare- Prokura das spezielle Qualifikationsmerkmal sein, so ist dieses Merkmal nicht erfüllt, wenn die Prokura derart im Innenverhältnis beschränkt ist, daß der "Prokurist" zur Ausübung der Prokura nicht befugt ist, es sich also letztlich nur um die Verleihung eines Titels handelt ohne die Begründung von Rechten und Pflichten [13].

---

8) so auch der Wortlaut des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. VI/1786, S. 4

9) Boldt, S. 3o; Galperin, Leitfaden, S. 22; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 23; vgl. aber auch Nozar, S. 15o;

1o) diese Prokura behandelten wie jede andere Prokura z.B. Dietz, § 4 Rdn. 6o; Erdmann, § 4 Anm. 7; Neumann-Duesberg, S. 154; Haberkorn, ArbGeb 1962, 156; Nozar, S. 136 ff.;

(Forts. nächste Seite)

Das durch das Merkmal "nach Dienststellung" aufgestellte Erfordernis der tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung bedeutet weiterhin, daß eine nur gelegentliche, aushilfsweise, vertretungsweise oder vorläufige Ausübung der in § 5 Abs. 3 BetrVG beschriebenen Funktionen nicht ausreicht, die jeweilige Funktion muß kontinuierlich wahrgenommen werden [14].

Ausdrücklich betont und erhärtet wird dies noch in der Nummer 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG, wenn dort gesagt wird, daß der betreffende Angestellte die qualifizierenden Aufgaben wahrnehmen muß, die ihm "regelmäßig", also nicht nur "gelegentlich" übertragen sind [15].

b) "Nach Dienstvertrag"

Der "leitende Angestellte" muß nicht nur tatsächlich, sondern auch "nach Dienstvertrag", das heißt rechtlich [16], eine der qualifizierenden Tätigkeiten der Nummern 1 bis 3 wahrnehmen.

(Forts. v. S. 167)

11) vgl. oben, § 2, I, 3 b, bb. Wenn dort auch die Frage der "Titularprokura" im Rahmen der Frage behandelt wurde, ob das Betriebsverfassungsgesetz eine Legaldefinition des "leitenden Angestellten" enthält, so gilt die dort gemachte Aussage auch, wenn man die Prokura -wie hier- als spezielles, zusätzliches Merkmal neben dem allgemeinen Oberbegriff ansieht. Im Rahmen des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 hätte die "Titularprokura" ausgereicht zur Erfüllung des speziellen Merkmals "Prokura".

12) h.M., statt aller: Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 107

13) Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 107 und 114; a.M. aber z.B. Nozar, S. 136 ff.;

14) Fischer, DB 1972, 438; Grüll, RdA 1972, 175, der in Fußn. 45 zutreffend darauf hinweist, daß im Falle der Erkrankung, des Urlaubs etc. eines Stelleninhabers

(Forts. nächste Seite)

Hinsichtlich des Wortes "Dienstvertrag" liegt ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers vor. Denn er meinte damit nicht den "normalen" Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB, sondern den "Dienstvertrag" von Personen, die auf Grund dieses Vertrages in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis stehen, die also Arbeitnehmer sind. Dieser "Dienstvertrag", auf den grundsätzlich die §§ 611 ff. BGB anzuwenden sind (vgl. z.B. § 621 BGB), ist teils verschieden vom bürgerlichrechtlichen Dienstvertrag und wird zur Unterscheidung als "Arbeitsvertrag" [17] bezeichnet.

Im Interesse der Rechtsklarheit ist ein schriftlicher Arbeitsvertrag zwar praktisch von besonderer Bedeutung, aber das gesetzliche Merkmal "nach Dienstvertrag" stellt hier nicht das Erfordernis der Schriftlichkeit des Vertrages auf. Unstreitig ist der Arbeitsvertrag von "leitenden Angestellten" -wie grundsätzlich jeder andere Arbeitsvertrag auch- formfrei wirksam [18]. Denn das deutsche Recht kennt nur ausnahmsweise die Schriftform für Verträge, während die Verträge der "leitenden Angestellten" nicht ersichtlich irgendwelchen Ausnahmefällen, die eine Schriftform erfordern, entsprechen.

(Forts. von S. 168)

der Vertreter nicht wegen der vertretungsweisen Aufgabenwahrnehmung "Leitender" ist; Boldt, S. 3o; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1o7; LAG Düsseldorf, DB 1973, 577; Nozar, S. 15o;

15) Boldt, S. 3o; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1o7

16) Galperin, Leitfaden, S. 22

17) Söllner, Arbeitsrecht, S. 2o6 ff.; Hueck/Nipperdey, (I), S. 113 ff.; Nikisch (I), S. 158 ff.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, S. 112 ff.;

(Forts. nächste Seite)

III.) § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG: Die Befugnis zur selbständigen Einstellung und Entlassung

Exakt die gleiche Formulierung, wie sie in der Nummer 1 des § 5 Abs. 3 BetrVG zu finden ist, nämlich "...leitende Angestellte, wenn sie zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind ...", war in § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 enthalten.

1.) "Einstellungs- und Entlassungsbefugnis"

Entsprechend dem Gesetzeswortlaut ist mit der insofern unverändert gebliebenen [1] herrschenden Meinung zunächst zu verlangen, daß ein "leitender Angestellter" die Befugnis zu beiden haben muß, daß also nicht alternativ nur die Einstellungs- oder Entlassungsbefugnis ausreicht, wie es zur Tatbestandserfüllung des § 12 Abs. 2 des Betriebsrätegesetzes von 192o genügte [2]. Allerdings brauchen sich die Einstellungs- und Entlassungsbefugnis nicht auf alle Arbeitnehmer eines Betriebs oder einer Betriebsabteilung zu richten, wie es im Gegensatz dazu § 12 Abs. 2 BRG 192o verlangte, sondern wegen der Formulierung "...Einstellung

---

(Forts. v. S. 169)

18) Boldt, S. 3o; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1o7; Fischer, DB 1972, 438; Grüll, RdA 1972, 175; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 23; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 3o ff.; Fitting/Auffarth und Gaul dürfen nicht mißverstanden werden, wenn sie die Schriftform des "Dienstvertrages" herausstellen, so meinen sie damit nicht diese als konstitutives Merkmal, sondern sie weisen nur auf die praktische Bedeutung der Schriftform hin, die zu der auch hier angedeuteten Rechtsklarheit führt, vgl. auch Nozar, S. 152;

(Forts. nächste Seite)

und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten ..." reicht es aus, wenn die genannten Befugnisse im Hinblick auf einen Teil der Belegschaft bestehen; die Befugnis zur Einstellung oder Entlassung nur für Einzelfälle reicht nicht aus. 3).

2.) Die "Selbständigkeit" von Einstellungs- und Entlassungsbefugnis

a) Überblick über die herrschende Meinung

Die herrschende Meinung 4) erblickt in dem Wort "selbständig" eine zweifache Aussage: Wenn "selbständig" die Bedeutung von "frei", "nicht weisungsgebunden" und "eigenverantwortlich" hat -ein anderer Begriffsinhalt ist nicht ersichtlich-, dann bedeutet "selbständig" im Zusammenhang mit dem Betriebsverfassungsgesetz, daß der betreffende Angestellte unabhängig von den anderen im Betrieb vorhandenen Personen sein muß.

Er muß also selbständig sein in seiner Entscheidung über Einstellung und Entlassung erstens gegenüber den Arbeitnehmern und zweitens auch gegenüber dem

---

1) ähnlich Grüll, RdA 1972, 175

2) Brecht, § 5 Rdn. 22; Stege/Weinspach, S. 39; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 111; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 13; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 24; Boldt, S. 25; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 39; zu § 4 Abs.2 c BetrVG 1952 s. Dietz, § 4 Rdn. 59

3) Boldt, S. 25; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 13; Brecht, § 5 Rdn. 22; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 111; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 4o

4) z.B. Boldt, S. 25 ff.; Brecht, § 5 Rdn. 22; Fitting, Auffarth, § 5 Rdn. 24; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 39 f.; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 111

Arbeitgeber. Es reicht nicht aus, daß er nur im Außenverhältnis, also bezüglich der Arbeitnehmer, die Befugnis hat, den Arbeitgeber bei Einstellungen und Entlassungen zu vertreten, sondern er muß auch im Innenverhältnis, also gegenüber dem Arbeitgeber, befugt sein [5], von seiner Vertretungsmacht Gebrauch zu machen.

Wenn ein Angestellter jeweils nur auf Weisung des Arbeitgebers hin Arbeitsverträge abzuschließen und Kündigungen vorzunehmen hat, oder wenn der Arbeitgeber sich jeweils eine Genehmigung der Entscheidung des Angestellten vorbehalten hat, würde ein Teil des Begriffs "selbständig" fehlen. Allerdings ist es hinsichtlich der "Selbständigkeit" völlig unschädlich, wenn der "leitende Angestellte" die Auswahlrichtlinien im Sinne des § 95 Abs. 1 BetrVG beachten muß, und er die Beteiligungsrechte des Betriebsrats gemäß §§ 99 bis 1o2 BetrVG zu respektieren hat [6].

b) Auslegung des § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG

aa) Die herrschende Meinung, die sich streng an dem Wortlaut "selbständig" mit dem oben beschriebenen Inhalt orientiert und daher jeweils Einstellungs- und Entlassungsbefugnis sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis kumulativ für die Tatbestandserfüllung des § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG verlangt, wird

---

5) Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 39 f.; m.W.N. in Fußn.5; Brecht, § 5 Rdn. 22; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 24; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 111; auf diese Aussage der h.M. weist auch hin: Fischer, DB 1972, 437; a.M. wohl Nozar, S. 133;

6) Boldt, S. 25 ff.; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 39 ähnlich wohl Nozar, S. 133 ff.;

nur in seltenen Fällen die Qualifizierung dieser Nummer 1 bejahen können. Denn zumindest in größeren Betrieben werden Einstellung und Entlassung im Außenverhältnis nur von besonderen Personalabteilungen vorgenommen, ohne daß diese Abteilungen auch im Innenverhältnis die Entscheidung treffen, wer eingestellt oder entlassen werden soll. Diese Entscheidung trifft meist ein anderer, beispielsweise der Betriebs- oder Abteilungsleiter [7]. Es ergibt sich dann die Situation, daß derjenige, der intern über Einstellung oder Entlassung entscheidet, nur deshalb nicht "leitender Angestellter" mit der Qualifizierung der Nummer 1 ist, weil er nicht im Außenverhältnis tätig wird und die Formalitäten für Einstellung und Entlassung erledigt. Demgegenüber ist der maßgebliche Angestellte in der Personalabteilung nicht "leitender Angestellter" mit den Merkmalen der Nummer 1, weil er im Innenverhältnis keine Entscheidung zu treffen hat.

bb) Eine Mindermeinung hat angeregt, in diesen Fällen entgegen der herrschenden Meinung nur auf das Innenverhältnis abzustellen [8]. Daß allerdings das vom Gesetzgeber verwendete Wort "selbständig" mit dem oben beschriebenen zweidimensionalen Begriffsinhalt eine solche Auslegung, die das Außenverhältnis unberücksichtigt läßt, nicht rechtfertigt, ist auch schon von Vertretern dieser Mindermeinung heraus-

---

7) Fischer, DB 1972, 437; Nozar, S. 131;

8) z.B. Fischer, DB 1972, 437; VOE-Rundschreiben "Zur Abgrenzung der leitenden Angestellten ...", S. 4 ff.; Nozar, S. 133 ff.;

gestellt worden [9]. Jedoch ist -wie schon verschiedentlich gesagt- der Gesetzeswortlaut allein nicht immer maßgebend für den Inhalt eines Gesetzes [10], sondern ausschlaggebend ist der mit dem Gesetz verfolgte Zweck.

Der mit § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG verfolgte Zweck geht dahin, denjenigen "leitenden Angestellten" betriebsverfassungsrechtlich besonders zu behandeln, der die Einstellung und Entlassung jeweils entscheidet. Bei diesem Merkmal der "selbständigen Entscheidung" ist das wesentliche Moment nicht die Vornahme der nach außen gerichteten Einstellungs- und Entlassungsformalitäten, sondern wesentlich ist die Entscheidung im Innenverhältnis [11]. Denn in diesem Verhältnis wird die ursprüngliche und eigentliche Entscheidung getroffen, auf den hier Entscheidenden sind Einstellung und Entlassung jeweils zurückzuführen, dieser steht jeweils hinter der Einstellung und Entlassung. Dagegen handelt es sich bei den nach außen in Erscheinung tretenden Einstellungs- und Entlassungsakten nur um den Vollzug der Entscheidung im Innenverhältnis.

cc) Hat ein Angestellter nun sowohl -wie gerade beschrieben- im Innen- als auch im Außenverhältnis tätig zu werden, so erfüllt er die Qualifikationen der Nummer 1.

Hat er jedoch nur die Entscheidung im Innenverhältnis zu treffen, so muß trotzdem aus der Perspektive des

---

9) z.B. Fischer, DB 1972, 437

10) vgl. dazu auch Larenz, Methodenlehre, S. 311 ff.;

11) ähnlich Fischer, DB 1972, 437; Nozar, S. 133;

Gesetzeszwecks das Vorliegen der Nummer 1 bejaht werden, denn der betreffende Angestellte trifft letztlich die "eigentliche" Entscheidung. Er entscheidet sowohl selbständig mit Wirkung für und gegen den Arbeitgeber, also im Innenverhältnis, als auch de facto im Außenverhältnis, also im Verhältnis zum Einzustellenden oder zu Entlassenden. Er tritt allerdings nicht nach außen in Erscheinung. Aber die Personalabteilung, die der im Innenverhältnis Entscheidende zum Vollzug der Entscheidung nach außen hin anweist oder einschaltet, ist als sein "verlängerter Arm" anzusehen. Es sind aus praktischen Gesichtspunkten nur die internen und externen Maßnahmen und Befugnisse getrennt. Der intern Entscheidende könnte prinzipiell auch ohne weiteres selbst die Einstellungs- und Entlassungsakte vornehmen und somit im Außenverhältnis auftreten. Nur um eine gewisse Einheitlichkeit bei diesen Formalitäten zu erreichen, aus Rationalisierungsgründen und aus sonstigen mehr praktischen und formellen Gründen wird für diese nach außen gerichtete Funktion eine Personalabteilung geschaffen, die aber nicht die tatsächliche, für die Nummer 1 letztlich relevante Einstellungs- und Entlassungsentscheidung trifft.

dd) Zusammenfassung

Die teleologische Interpretation der Nummer 1 des § 5 Abs. 3 BetrVG rechtfertigt es also, bei einer Spaltung der Befugnisse im Innen- und Außenverhältnis, die heute vielfach anzutreffen ist, auf die der Einstellung und Entlassung tatsächlich zugrunde liegende Entscheidung abzustellen, also allein auf das Innenverhältnis. Es fehlt zwar das echte Vertretungsrecht im Außenverhältnis, aber es reicht aus, daß sich die interne Entscheidung tatsächlich nach außen hin auswirkt.

IV.) § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG: "Generalvollmacht oder Prokura"

Das Betriebsverfassungsgesetz ist auf einen "leitenden Angestellten" weiterhin nicht anwendbar, wenn er nach Dienststellung und Dienstvertrag "Generalvollmacht oder Prokura" hat, § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG.

Diese beiden handelsrechtlichen Vollmachten waren auch schon in § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 als spezielle Tatbestandsmerkmale enthalten, die in Verbindung mit dem Oberbegriff einen Arbeitnehmer als "leitenden Angestellten" qualifizieren.

1.) Die "Generalvollmacht"

Der Begriff "Generalvollmacht"ist aus dem Bereich der Gesetzgebung kaum bekannt. Dieser Begriff taucht zunächst in zwei weiteren Bestimmungen über "leitende Angestellte" auf, nämlich in § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG und in § 16 Abs. 4 Nr. 4 SGG und hat dort wohl die gleiche Bedeutung wie im § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG. Sonst ist er nur noch in § 173 ZPO zu finden; dort sind mit "Generalbevollmächtigten" Personen gemeint, "die für alle Vermögensangelegenheiten oder einen Kreis solcher bevollmächtigt sind" [1].

Das Betriebsverfassungsgesetz enthält keine Beschreibung der "Generalvollmacht". Es gelten daher nach fast einhelliger Meinung die allgemeinen Bestimmungen über die "Vollmacht" (§§ 164 ff. BGB), und, soweit es sich um eine "Handlungsvollmacht" handelt, die Bestimmungen der §§ 54 ff. HGB [2].

---

1) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 173 Anm. 1 a; vgl. auch Nozar, S. 136;

(Forts. nächste Seite)

Formell bedeutet das, daß sowohl Erteilung als auch Widerruf der "Generalvollmacht" formfrei sind (§§ 167 ff. BGB), und daß die "Generalvollmacht"-im Gegensatz zur Prokura- nicht eintragungspflichtig ist (§ 53 HGB).

Materiell hat die "Generalvollmacht" in der Regel einen sehr weiten Begriffsinhalt. Im Gegensatz zur "Spezialvollmacht" für nur wenige oder bestimmte Geschäfte hat der "Generalbevollmächtigte" die Befugnis zur Vornahme aller Geschäfte. Seine Kompetenzen gehen regelmäßig so weit wie die des Vollmachtgebers [3]. Die Generalvollmacht" ist daher normalerweise sehr viel weiterreichend als die Prokura [4]. Allerdings, stellt die "Generalvollmacht"eine handelsrechtliche "Handlungsvollmacht" (§ 54 HGB) dar, so kann sie -im Gegensatz zur Prokura (§ 5o Abs. 1 HGB)- Beschränkungen unterliegen, die unter den Voraussetzungen des § 54 Abs. 3 HGB auch im Außenverhältnis wirksam sind.

Die Position des "Generalbevollmächtigten" hat im Wirtschaftsleben ein höheres Gewicht und Ansehen als die Prokura, weil die "Generalvollmacht" so weitreichend ist [5]. Der "Generalbevollmächtigte"steht hierarchisch regelmäßig höher als der Prokurist, in der Regel steht er direkt unter den Vorstandsmitgliedern [6]. Diese Stellung der "Generalvollmacht"

---

2) z.B. Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 4o; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 113; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 25; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 13; Boldt, S. 27

3) Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 4o

4) a.M. aber Schreiber, BB 1952, 889, der der "Generalvollmacht" immer nur den Umfang einer Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) zuerkennt, sie also für nicht so weitreichend wie die Prokura hält.

(Forts. nächste Seite)

in der Wirtschaft hat auch der Gesetzgeber erkannt und zum Anlaß genommen, die "Generalvollmacht" systematisch an die erste Stelle innerhalb der Nummer 2 des § 5 Abs. 3 BetrVG zu setzen [7].

2.) Die "Prokura"

a) Inhalt der "Prokura"

Die Prokura ist eine Vertretungsmacht mit gesetzlich umschriebenen Umfang. Diese handelsrechtliche Vollmacht "ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt" (§ 49 HGB). Sie geht über die gewöhnliche Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) hinaus und ist im Außenverhältnis nicht einschränkbar (§ 5o Abs. 1 HGB). Die Prokura genießt wegen dieser Uneinschränkbarkeit im Außenverhältnis und wegen ihrer Eintragungspflicht (§ 53 Abs.1 HGB) ein besonderes Vertrauen im Rechtsverkehr [8].

b) Die "Titularprokura"

Das Problem der "Titularprokura" wurde schon mehrfach angeschnitten [9]. Es handelt sich hierbei um eine Prokura, die sich im Außenverhältnis durch nichts von der "normalen" Prokura unterscheidet [1o], zu deren Ausübung der betreffende Prokurist aber im Innenver-

---

5) Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 113; Boldt, S. 27; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 4o

6) Boldt, S. 27

7) Schreiber, BB 1952, 889, dagegen bestreitet die Richtigkeit dieser Systematik (hinsichtlich d. § 4 Abs.2 c BetrVG 1952), weil er die "Generalvollmacht" als ein Minus gegenüber der Prokura ansieht.

(Forts. nächste Seite)

hältnis nicht befugt ist, weil die Prokura für ihn nur einen Titel oder eine Ehrung darstellen soll [11].

Prinzipiell müßte auch bei Vorliegen einer "Titularprokura" die Erfüllung des betriebsverfassungsgesetzlichen Merkmals "Prokura" bejaht werden [12]. Denn bei der auf Vertrauensschutz angelegten Prokura kommt es wesentlich nur auf das Außenverhältnis an [13], ob eine zulässige Beschränkung im Innenverhältnis vorliegt, ist unbedeutend und ändert nichts daran, daß rechtlich die Voraussetzungen einer Prokura gegeben sind.

Trotzdem erfüllt aber die "Titularprokura" nicht das Tatbestandsmerkmal "Prokura" des § 5 Abs. 3 Nr.2 BetrVG.

Dies wird im Ergebnis zwar auch von der wohl herrschenden Meinung behauptet [14], es bestehen aber Bedenken, ob die Begründung der herrschenden Meinung zutreffend ist. Denn während die Vertreter der gerade zitierten herrschenden Meinung § 5 Abs. 3 BetrVG zunächst richtigerweise dahingehend interpretieren, daß ein allgemeiner Oberbegriff des "leitenden Angestellten" vorausgesetzt werde, stellen sie dann die -nach der hier vertretenen Ansicht [15]- wohl nicht

---

8) Baumbach/Duden, § 8 Anm. 5; § 15 Anm. 5; § 53 Anm.A

9) s.o. § 2, I, 3 b, bb; § 4, II, 2 a

10) Gaul, DB 1961, 271

11) Gaul, aaO.; Boldt, S. 28; Nozar, S. 136 ff.;

12) ähnlich auch Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 13; Grüll, RdA 1972, 174 m.w.N.; unklar Fischer, DB 1972, 437; s. auch Nozar, S. 137;

13) s.o., § 2, I, 3 b, bb

14) Vertreter dieser h.M. sind z.B. Boldt, S. 28 f.; Gaul, Der Arbeitsvertrag, S. 42; ders., DB 1961, 272; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 25

15) s.o., § 3, II, 1

haltbare These auf, es bestünde eine Wechselwirkung zwischen diesem allgemeinen Oberbegriff und den speziellen Merkmalen der Nummern 1 bis 3. Auf Grund dieser Verkennung der gegenseitigen Unabhängigkeit von allgemeinem Oberbegriff und speziellen Merkmalen gelangen sie zu dem -aus dieser Sicht konsequenten- Ergebnis, daß das Merkmal "Prokura" nur dann erfüllt sei, wenn damit zugleich eine "echte Lei-tungsbefugnis" verbunden sei [16]. Diese "echte Lei-tungsbefugnis" fehle aber bei der bloßen "Titularprokura", § 5 Abs.3 Nr. 2 BetrVG sei daher nicht erfüllt.

Der tatsächliche und stichhaltige Grund, der "Titularprokura" die Tatbestandsqualität in Bezug auf die Nummer 2 des § 5 Abs. 3 BetrVG abzuerkennen, ist im Eingangssatz dieser Norm enthalten, wonach die Prokura "nach Dienststellung und Dienstvertrag" ausgeübt werden muß.

Das bedeutet [17], daß nicht schon die bloße Bezeichnung "Prokura" ausreicht, auch wenn dadurch die Ausübung dieser Prokura im Außenverhältnis in vollem Umfang ermöglicht wird, sondern der betreffende "leitende Angestellte" muß auch betriebsintern tatsächlich [18] die Stellung eines Prokuristen haben. Es ist daher festzustellen, daß im Rahmen des § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG die "Titularprokura" nicht das Tatbestandsmerkmal "Prokura" erfüllt; es fehlt die

---

16) Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 25; ähnlich Boldt, S.28 f.; Gaul, Arbeitsvertrag, S. 42; ders., DB 1961, 272

17) vgl. auch oben, § 4, II, 2 a

18) Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 114 sagen hierzu, der Angestellte müsse die "betriebssoziologische Stellung eines Prokuristen" haben.; Nozar, S. 137;

tatsächliche Stellung als Prokurist [19].

Im Gegensatz dazu ist aber anzuerkennen, daß während der Geltung des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 die "Titularprokura" die Voraussetzungen für das Tatbestandsmerkmal "Prokura" erfüllte [2o], da diese Norm nicht die Kriterien "nach Dienststellung und Dienstvertrag" enthielt.

V.) Die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG

1.) Die Regelung des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG im Unterschied zu § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952

Die Formulierung des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG lehnt sich zwar überwiegend an die dritte Alternative des früheren § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 an doch sind einige Unterschiede erkennbar.

Der wesentliche Unterschied besteht darin, daß § 5 Abs. 3 BetrVG nicht mehr auf das subjektive Kriterium der Aufgabenübertragung "nur auf Grund des persönlichen Vertrauens des Arbeitgebers" (§ 4 Abs. 2 c BetrVG 1952) abstellt. Der Gesetzgeber hat statt dessen -entsprechend seiner Intention, dieses Gesetz objektiver zu formulieren [1]- im neuen Gesetz das funktionsgebundene Kriterium der "eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung" eingefügt.

---

19) Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 114

2o) so u.a. auch Dietz, § 4 Rdn. 6o; Erdmann, § 4 Anm.7; Neumann-Duesberg, S. 154; Haberkorn, ArbGeb 1962, 156; vgl. aber auch oben, § 2, I, 3 b, bb und § 4, II, 2 a;

1) vgl. dazu d. Reg.-Entw., BT-Drucks. VI/1786, S. 36 und den schriftl. Bericht d. Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (Abg. Buschfort), zu BT-Drucks. VI/2729, S. 11; Fitting, BABl 1972, 277; Witte/Bronner, DB 1974, 1235; Nozar, S. 139;

Der weitere Unterschied zwischen der alten und der neuen betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmung über "leitende Angestellte" besteht darin, daß der Gesetzgeber das in der früheren Bestimmung enthaltene Merkmal der "Angestelltenversicherungsfreiheit" nicht übernommen hat. Somit spielt auf keinen Fall mehr bei der Abgrenzung der "leitenden Angestellten" die Höhe des Verdienstes eine Rolle. Es ist auch für diese Abgrenzung gleichgültig, ob der betreffende Angestellte tariflich oder außertariflich bezahlt wird. Ebenso ist in diesem Zusammenhang auch die weitergehende Frage irrelevant, ob der Angestellte von seiner Funktion her dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages untersteht oder nicht [2].

2.) Die Wahrnehmung von "Aufgaben mit Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs"

§ 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG fordert als Tatbestandsmerkmal, genau wie schon § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952, eine Wahrnehmung von "Aufgaben, die Bedeutung haben für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs".

a) Die Art der Aufgaben

Um welche Aufgaben es sich im einzelnen handeln muß, läßt sich weder konkret dem Gesetz entnehmen noch läßt sich hierfür mit letzter Endgültigkeit eine allgemeine Definition aufstellen [3]. Welche Aufgaben

---

2) zur Frage der außertariflichen Bezahlung in diesem Zusammenhang vgl. auch BAG NJW 1974, 967; zur Tauglichkeit der Geltung eines Tarifvertrages als Abgrenzungsmerkmal vgl. auch Boldt, S. 23 f.; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 122; Föhr, DB 1974, 1768

3) ganz h.M., z.B. Boldt, S. 16; Grüll, RdA 1972, 174; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 118

für den Bestand und die Entwicklung bedeutsam sind, ist daher jeweils eine Tatfrage, die von der Praxis und dem Aufbau des Einzelbetriebs her zu beantworten ist.

Die in § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG angesprochenen "Aufgaben" sind auch nicht nur solche nur spezieller Tätigkeitsbereiche, sondern sie können auf jedem Gebiet liegen [4]. Auch spielt es keine Rolle, ob es sich um Aufgaben der "Linie" oder um solche des "Stabs" handelt [5]. Diese Unterscheidung ist nur wesentlich bei der Bestimmung des vorgegebenen Oberbegriffs des "leitenden Angestellten", der ja neben der hier zu behandelnden Qualifizierung der Nummer 3 vorliegen muß.

b) Aufgaben "von Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung ..."

Die Aufgaben müssen aber "von Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs" sein.

Mit "Bestand und Entwicklung" des Betriebs kann nur das tatsächlich Vorhandene, also die Geschäftsart und der Geschäftsumfang des Betriebs und die Weiterentwicklung in wissenschaftlicher Hinsicht des tatsächlich Vorhandenen gemeint sein. Beide Worte gehören zusammen und bilden einen einheitlichen Begriff [6].

---

4) auch Boldt, S. 16, weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß es belanglos ist, ob es sich um Aufgaben auf kaufmännischem, technischem oder personellen Gebiet handelt; ähnlich auch Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 151

5) Galperin, Leitfaden, S. 22; Borgwardt, BB 1971, 1108; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 118

6) vgl. BAG NJW 1974, 965: "der Begriff 'Bestand und Entwicklung' bildet eine ähnliche Einheit wie 'Treu und Glauben' in § 242 BGB"; a.M. wohl Nozar, S.143 ff.;

Dieser einheitliche Begriff steht im Zusammenhang mit dem Ausdruck "... von Bedeutung ...". Dadurch wird einmal gesagt, daß nicht die tatsächliche Existenz und die tatsächliche Fortentwicklung des Betriebs gerade von dieser Aufgabenwahrnehmung abhängen müssen, sondern daß die Funktion nur geeignet sein muß, den bisherigen Geschäftsumfang beizubehalten und fortzuentwickeln.
Allerdings -und dies ist die zweite Aussage des Ausdrucks "von Bedeutung"- darf es sich bei der qualifizierenden Aufgabe nicht nur um eine untergeordnete oder "normale", das heißt um eine vielfach vorzufindende Aufgabe handeln, sondern die Aufgabe muß sich bedeutungsmäßig von den anderen Aufgaben im Betrieb abheben. Denn sehr viele Aufgaben im Betrieb sind zwar geeignet, auf "Bestand und Entwicklung" einzuwirken, aber nicht alle diese sollen auch den Tatbestand des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG erfüllen, sondern eben nur die, die nicht mehr mit den üblichen Aufgaben im Betrieb zu vergleichen sind. Nur der "leitende Angestellte" nimmt Aufgaben "von Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung" des Betriebs wahr, der eine "Schlüsselstellung" im Betrieb hat [7].

Das Bundesarbeitsgericht hat dagegen diesen Sinn des Ausdrucks "von Bedeutung" verkannt [8]. Es sagte wörtlich: "Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es in § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG nicht darauf an, daß die übertragenen Aufgaben von 'wesentlicher', 'erheblicher' oder gar 'entscheidender' Bedeutung für Betrieb

---

7) dieser Ausdruck stammt -soweit ersichtlich- von Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 139

8) BAG NJW 1974, 965

oder Unternehmen sind. Es würde also wieder ein grosser Teil aller Angestellten bei wörtlicher Auslegung von der Bestimmung erfaßt werden".

Das Wort "Bedeutung" in diesem Zusammenhang sagt jedoch schon alleine aus, daß die Position "wesentlich", "erheblich" oder "entscheidend" sein muß; diese Adjektive fehlen zu Recht, sie würden nur zu einem Pleonasmus führen. Die wörtliche Auslegung der Nummer 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG führt also keineswegs -im Gegensatz zur Annahme des Bundesarbeitsgerichts- zu einem großen Kreis von "leitenden Angestellten", deren Tätigkeit "von Bedeutung ..." im Sinne der Nummer 3 ist, die also eine Schlüsselposition innehaben.

c) Aufgaben für den "Betrieb"

Nach der gesetzlichen Formulierung müssen sich die gerade behandelten Schlüsselpositionen auf den "Betrieb" beziehen.

Dieses hier verwendete Wort kann aber nicht dahingehend interpretiert werden, daß ausschließlich solche Positionen, die sich nur auf einen einzelnen Betrieb beziehen, gemeint sind, sondern es ist dahingehend zu interpretieren, daß selbstverständlich auch solche Funktionen von der Nummer 3 erfaßt werden, die Bedeutung für ein Unternehmen mit mehreren Einzelbetrieben haben [9]. Denn das Betriebsverfassungsgesetz trennt beide Begriffe ("Betrieb" und "Unternehmen") nicht säuberlich und gebraucht sie meist synonym. Es ist kein Grund ersichtlich, hier diese

---

9) Fischer, DB 1972, 437; Boldt, S. 17 ff.

Synonymität anzuzweifeln und Funktionen mit überbetrieblicher Bedeutung nicht unter die Nummer 3 fallen zu lassen.

3.) Die im "wesentlichen eigenverantwortliche" Aufgabenwahrnehmung

a) Die "Eigenverantwortlichkeit"

Das Bundesarbeitsgericht sieht den Begriff "Eigenverantwortlichkeit" mit einem haftungsrechtlichen Inhalt [10]. Nach dieser Auffassung ist derjenige "eigenverantwortlich", der für etwas oder für jemanden letztlich persönlich die Konsequenzen zu tragen hat, der also persönlich für etwas oder für jemanden einzustehen hat.

Aber dieser haftungsrechtliche Inhalt des Wortes "eigenverantwortlich" ist wohl nicht gemeint [11]. Denn dieses Wort, das im alten § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 nicht enthalten war, ist nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers [12] ein objektives Tatbestandsmerkmal, das an die Funktion des "leitenden Angestellten" gebunden ist. Der "leitende Angestellte" in einer Schlüsselstellung ist daher dann "eigenverantwortlich" bei der Ausübung seiner Funktion, wenn er dabei frei von Weisungen oder fachlichen Einschränkungen ist. Das Wort "eigenverantwortlich" kann hier also sinnvollerweise nur dahingehend aufgefaßt

---

10) BAG NJW 1974, 965; Boldt, S. 18, hält das Wort "Eigenverantwortlichkeit" für sprachlich unschön und ersetzt es mit dem Wort "Eigenverantwortung".

11) vgl. auch Grüll, RdA 1972, 174; ders., BB 1974, 653; Boldt, S. 18; Wiedemann, RdA 1972, 214; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 26; Erdmann/Jürging/Kammann, § 5 Rdn. 14

12) s. BT-Drucks. VI/1786, S. 36 und BT-Drucks. VI/2729, S. 11

werden, daß es sich als funktionsgebundenes Merkmal auf die Entscheidungsbefugnis bezieht, nicht aber auf die persönliche Haftung eines "leitenden Angestellten".

b) Das Merkmal "... im wesentlichen ..."

Die gerade beschriebene Selbständigkeit in der Entscheidung braucht aber nur "im wesentlichen" gegeben zu sein. Es braucht sich daher nicht um eine völlig uneingeschränkte, absolute Entscheidungsfreiheit zu handeln, sondern die "Eigenverantwortung" muß die Weisungs- und Richtlinienbefolgung und die Mitverantwortung anderer überwiegen [13].

In der Literatur ist zutreffend darauf hingewiesen worden, daß bei der Teamarbeit das Merkmal der "im wesentlichen eigenverantwortlichen" Aufgabenwahrnehmung bei den einzelnen Gruppenmitgliedern "nur nach besonderer Prüfung zu bejahen sein dürfte" [14]. Damit kann aber nicht gemeint sein -wie Boldt richtigstellt [15]-, daß "bei der Teamarbeit besonders strenge Anforderungen hinsichtlich der Eigenverantwortlichkeit, über den gesetzlichen Rahmen hinaus, gestellt werden dürfen". Es kann damit nur gemeint sein, daß das Merkmal der "Eigenverantwortlichkeit" abhängig ist von der Struktur und der Art der Aufgaben des Teams, und daß diese Abhängigkeit eine sorgfältige Prüfung jeweils erfordert.

---

13) Grüll, RdA 1972, 174; ders., BB 1974, 653; Boldt, S. 18

14) Auffarth, AuR 1972, 37; s. auch den Hinweis bei Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 12o

15) Boldt, S. 2o; er führt aber nicht aus, was sonst damit gemeint ist.

Bei einem hierarchisch gegliederten Team erfüllt in der Regel nur der Teamchef das Merkmal "eigenverantwortlich", während bei einem kooperativ gegliederten Team die Mitverantwortlichkeit und die "Eigenverantwortlichkeit" überwiegt und somit das Merkmal "im wesentlichen eigenverantwortlich" grundsätzlich nicht erfüllt ist [16]. Es ist aber hier noch darauf hinzuweisen, daß wegen des Begriffsinhaltes des von § 5 Abs. 3 BetrVG vorausgesetzten Oberbegriffs in einem kooperativ gegliederten "reinen Stabsteam" keine "leitenden Angestellten" im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne vorhanden sind [17]. Aus dem Grunde wird bei einem solchen Team auch nie die Frage nach der Erfüllung des Merkmals "eigenverantwortlich" der Nummer 3 akut, sondern eben nur bei einem hierarchisch strukturierten "Stabsteam" [18] oder bei Teams mit "Linienfunktionen".

4.) Die "regelmäßige" Aufgabenübertragung

Die jeweilige "Schlüsselposition" muß dem "leitenden Angestellten" gemäß der Nummer 3 "regelmäßig" übertragen worden sein.

Dieses Kriterium der "regelmäßigen" Aufgabenübertragung bedeutet letztlich nichts anderes als der im Eingangssatz des § 5 Abs. 3 BetrVG verwendete Ausdruck "nach Dienststellung" [19] und betont nur noch

---

16) a.M. anscheinend Boldt, S. 2o

17) s. dazu im einzelnen oben, § 3, II, 4 c, dd

18) da hier prinzipiell Angestellte mit "Linienfunktionen", die Voraussetzung sind für "leitende Angestellte" im Sinne des Oberbegriffs, vorhanden sind.

19) Fischer, DB 1972, 437; Boldt, S. 3o; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 1o7; vgl. auch oben, § 4, II, 2 a

einmal für die Nummer 3, daß die qualifizierende Funktion auch tatsächlich ausgeübt werden muß. Es muß sich um eine kontinuierliche und nicht bloß gelegentliche, aushilfsweise, vertretungsweise oder vorläufige Aufgabenwahrnehmung handeln [20].

5.) Die Aufgabenübertragung wegen "besonderer Erfahrungen und Kenntnisse"

Die oben genannten qualifizierenden Aufgaben müssen dem "leitenden Angestellten" im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse" übertragen werden. Das heißt, die Aufgabendelegation auf diesen "leitenden Angestellten" muß vorgenommen werden gerade auf Grund seiner "besonderen Erfahrungen und Kenntnisse".

a) "Kenntnisse und Erfahrungen"

Die beiden Merkmale "Kenntnisse" und Erfahrungen" müssen nach dem Wortlaut kumulativ [21] gegeben sein und bilden somit eine begriffliche Einheit [22], die sich auf die fachliche Qualifikation bezieht.

"Kenntnisse" sind das Ergebnis von Lernprozessen. Somit drückt das Merkmal "Kenntnisse" aus, daß eine Ausbildung vorhanden sein muß, durch die die "Kenntnisse" erworben sind. Allerdings darf dieses Merkmal nicht dahingehend verstanden werden, daß in jedem Fall eine besondere theoretische und praktische

---

20) Boldt, S. 2o f.; Fischer, DB 1972, 437; Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 26; Brecht, § 5 Rdn. 24; LAG Düsseldorf, DB 1973, 577

21) Grüll, RdA 1972, 174

22) BAG NJW 1974, 965

Ausbildung vorliegen muß, eventuell sogar in jedem Fall eine Hochschulausbildung oder eine äquivalente Ausbildung, sondern es reicht grundsätzlich jede Ausbildung im weiteren Sinne zu der speziellen Aufgabenwahrnehmung aus. Eine rein praktische Ausbildung kann ebenso zu den von der Nummer 3 verlangten "Kenntnissen" führen [23] wie die rein theoretische oder sogar eine autodidaktische.

Wenn das Gesetz neben den auf irgendeinem Lernprozeß beruhenden "Kenntnissen" gleichzeitig "Erfahrungen" verlangt, so ist damit der Bereich des praktischen Wissens hinsichtlich der speziellen Tätigkeit gemeint [24].

Da "Erfahrungen" nur in einem gewissen Zeitraum gesammelt werden können, bedeutet das Merkmal der Aufgabenübertragung auf Grund besonderer "Erfahrungen", daß der "leitende Angestellte" sich schon eine gewisse Zeit mit der qualifizierenden Tätigkeit beschäftigt haben muß. Die "Erfahrungen" brauchen aber nicht unbedingt durch längere Tätigkeit in der Praxis erworben zu sein, sie können auch durch die Ausbildung erworben sein [25].

Somit bildet die vom Gesetzgeber verwendete begriffliche Einheit "Kenntnisse und Erfahrungen", die "Ausbildung im weiteren Sinne und im Laufe der Zeit erworbene praktische Kenntnisse" bedeutet, auch oft

---

23) Boldt, S. 21; Grüll, RdA 1972, 174; Fischer, DB 1972, 437; unklar Nozar, S. 145;

24) vgl. auch BAG NJW 1974, 965; Boldt, S. 21

25) vgl. z.B. Fischer, DB 1972, 437; Boldt, S. 21

eine tatsächliche Einheit; eine klare Trennungslinie kann oft nicht gezogen werden. "Erfahrungen" und "Kenntnisse" können zusammen erworben sein, die "Kenntnisse" können auf den "Erfahrungen" beruhen und umgekehrt auch die "Erfahrungen" auf den "Kenntnissen" beziehungsweise auf dem Lernprozeß, der zu den "Kenntnissen" geführt hat.

b) Die "besonderen" Erfahrungen und Kenntnisse

Die "besonderen" Erfahrungen und Kenntnisse sind solche, die wesentlich über dem Durchschnitt liegen [26].

Der "leitende Angestellte" muß eine herausragende Befähigung zu einer hochwertigen Tätigkeit haben, wobei es sich allerdings nicht, wie Fitting - Auffarth [27] meinen, um die Tätigkeit eines "hochwertigen Spezialisten" handeln muß, sondern es reicht -wie gesagt- jede hochwertige Tätigkeit aus.

Das Bundesarbeitsgericht [28] hielt dieses Merkmal der "besonderen" Kenntnisse und Erfahrungen für wenig geeignet zu einer "hinreichend scharfen Abgrenzung der Funktion des leitenden Angestellten von den übrigen Angestellten, die unter den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes fallen". Dieser ohne Begründung aufgestellten Behauptung [29] kann aber nicht gefolgt werden. Zwar läßt sich nicht

---

26) Bulla, in Festschr. f. Herschel, S. 152; Dietz, § 4 Rdn. 64; Dietz/Richardi, § 5 Rdn. 119; Galperin, Leitfaden, S. 22; Borgwardt, BB 1971, 1108; BAG NJW 1974, 965, Nozar, S. 145;

27) Fitting/Auffarth, § 5 Rdn. 26; auch schon Fitting/Kraegeloh/Auffarth, § 4 Rdn. 18

(Forts. nächste Seite)

generell sagen, wann "besondere" Kenntnisse und Erfahrungen vorliegen. Jedoch ist im Einzelfall in jedem Betrieb gerade das "Besondere", also das über dem Durchschnitt Liegende feststellbar. Es ist -abgestellt auf den einzelnen Betrieb- jeweils von den Kenntnissen und Erfahrungen auszugehen, die durchschnittlich in diesem Betrieb von einem Angestellten zur Erfüllung seiner Aufgaben erwartet werden. Hat ein Angestellter über die normalerweise erwarteten Erfahrungen und Kenntnisse noch weitergehende Erfahrungen und Kenntnisse, und wird er gerade deshalb eingestellt, so hat er "besondere" Erfahrungen und Kenntnisse.

6.) Der Zusammenhang der einzelnen Merkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG

Die hier unter § 4, V, Nummern 2 bis 5 behandelten einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG müssen jeweils sämtlich zusammentreffen, und sie müssen auch jeweils zusammen betrachtet werden [3o]. Fehlt nur ein Merkmal, zum Beispiel die "Eigenverantwortlichkeit" oder die "besonderen Erfahrungen und Kenntnisse" etc., so sind die Voraussetzungen der Nummer 3 nicht erfüllt mit der Folge, daß ein Angestellter, der "Leitender" im Sinne des Oberbegriffs ist, trotzdem dem Geltungsbereich des

---

(Forts. von S. 191)

28) BAG NJW 1974, 965

29) vgl. dazu auch Grüll, BB 1974, 654

3o) vgl. auch Boldt, S. 24; Fischer, DB 1972, 437 f.

Betriebsverfassungsgesetzes untersteht, es sei denn, er würde ein spezielles Merkmal der Nummern 1 oder 2 aufweisen.

Boldt [31] weist zutreffend darauf hin, daß das Erfordernis des kumulativen Vorliegens aller Tatbestandsmerkmale der Nummer 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG schon aus der Formulierung des Gesetzes ersichtlich ist: die Merkmale sind alle parallel aufgeführt. Worte, die die Alternativität der einzelnen Kriterien kennzeichnen oder zulassen würden -beispielsweise ein "oder" oder ein alternatives "und"- sind nicht enthalten.

---

31) Boldt, S. 24

§ 5) Zusammenfassende Schlußbemerkung

I.) Die zur Zeit geltende Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG über "leitende Angestellte" ist nur teilweise geändert worden gegenüber der früheren Bestimmung des § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952. Die wesentlichen Unterschiede bestehen einmal darin, daß heute die Arbeitnehmerstellung der "leitenden Angestellten" gesetzlich anerkannt ist, und daß weiterhin die Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG im Gegensatz zu § 4 Abs. 2 c BetrVG objektiv gefaßt ist.

II.) Durch die Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG ist ein Teil der Arbeitnehmerschaft außerhalb des Geltungsbereichs des Betriebsverfassungsgesetzes gestellt. Wegen der Regelung des § 5 Abs. 3 BetrVG haben die "leitenden Angestellten" weder das aktive noch das passive Wahlrecht zum Betriebsrat, und der Betriebsrat ist weder berechtigt noch verpflichtet, die Interessen der "leitenden Angestellten" wahrzunehmen und zu vertreten. Die "leitenden Angestellten" haben auch keine eigene Interessenvertretung im Rahmen der Betriebsverfassung. Nur auf Grund der Ausnahmebestimmungen der §§ 1o5, 1o7 Abs. 1 und 1o8 BetrVG sind die "leitenden Angestellten" in die betriebliche Mitbestimmung einzubeziehen.

Der Gesetzgeber hat zwar klar die betriebsverfassungsrechtliche Position der "leitenden Angestellten" beschrieben, er hat aber nicht deutlich gesagt, wer zum Personenkreis der "leitenden Angestellten" gehört, das heißt, er hat den Inhalt des Begriffs des "leitenden Angestellten" unklar gelassen. Es ist aber zum Beispiel wichtig für die Personalpolitik

eines Betriebs, ob der Begriff "leitender Angestellter" einen engen oder weiten Inhalt hat. So unterlägen bei einem engen Begriff des "leitenden Angestellten" fast alle Personalentscheidungen des Arbeigebers dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, während bei einem weiten Begriff ein größerer Kreis von Angestellten dem vom Betriebsrat nicht kontrollierbaren oder beeinflußbaren Entscheidungsbereich des Arbeitgebers unterstellt wäre.

Ebenso spielt die Frage nach dem Inhalt des Begriffs des "leitenden Angestellten" auch eine Rolle im Bereich der unternehmensverfassungsrechtlichen Mitbestimmung. Das seit dem 1. Juli 1976 geltende Mitbestimmungsgesetz hat eine institutionelle Repräsentation der "leitenden Angestellten" gesetzlich fixiert; zur Festlegung des Kreises der "leitenden Angestellten" nimmt § 3 Abs. 3 Nr. 2 MitbestG auf § 5 Abs. 3 BetrVG Bezug.

III.) Die Erörterung des Streits über die Konzeption des § 5 Abs. 3 BetrVG führt zu dem Ergebnis, daß diese Norm einen allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" voraussetzt, neben dem noch zusätzlich eines der speziellen Merkmale der Nummern 1 bis 3 vorliegen muß, um einen Angestellten als "leitenden Angestellten" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes ansehen zu können. Der Oberbegriff soll eine Homogenität des Personenkreises der "leitenden Angestellten" kennzeichnen und gewährleisten, wozu die speziellen Merkmale der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG nicht in der Lage sind.

IV.) Der allgemeine Oberbegriff des "leitenden Angestellten"

1.) Es gibt keinen einheitlichen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" für alle Gesetze oder für das gesamte Arbeitsrecht, sondern jedes Gesetz, das eine Bestimmung über "leitende Angestellte" enthält, geht jeweils von einem anderen Begriffsinhalt aus.

2.) Der Oberbegriff des "leitenden Angestellten" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der zu konkretisieren ist; die Konkretisierung wird ausschließlich bestimmt von Sinn und Zweck des Gesetzes; Parteivereinbarungen oder einseitige Bestimmungen seitens des Arbeitgebers oder irgendwelcher Verbände über die Zugehörigkeit eines Angestellten zum Personenkreis der "leitenden Angestellten" im Sinne des Oberbegriffs sind nicht zulässig.

a) Bei der Konkretisierung des Oberbegriffs des "leitenden Angestellten" ist zunächst davon auszugehen, daß die diesem Begriff entsprechenden Personen Arbeitnehmer sind, deren Arbeitnehmerstellung betriebsverfassungsrechtlich auch anerkannt ist. Es werden hier also bestimmte Arbeitnehmer von den Wirkungen des Arbeitnehmerschutzrechtes des Betriebsverfassungsgesetzes ausgeschlossen.

b) Der Grund für diese Sonderbehandlung ist, daß die "leitenden Angestellten" von ihrer Funktion im Betrieb her in einem Gegensatz zur übrigen Belegschaft -vertreten durch den Betriebsrat- stehen. Deshalb wollte der Gesetzgeber -zunächst schlagwortartig ausgedrückt- Inkompatibilitäten oder

Funktionskollisionen zwischen der Aufgabe eines Angestellten im Betrieb und möglicher Betriebsratsmitgliedschaft ausschließen.

c) Nur derjenige Angestellte, dem derart Arbeitgeberfunktionen delegiert sind, daß er anstelle des Arbeitgebers der kompetente Gesprächspartner des Betriebsrats ist, der also in einem "echten funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat" steht, ist "leitender Angestellter" im Sinne des Oberbegriffs.

Somit beschränkt sich der Kreis dieser Personen auf die Bereiche, in denen dem Betriebsrat Mitwirkungskompetenzen eingeräumt sind, ohne daß es auf die Art oder Intensität der Mitwirkungsbefugnis ankommt. Innerhalb dieser Bereiche muß ein Angestellter aber entweder echte "Linienbefugnisse" haben oder anstelle des Arbeitgebers verpflichtet sein, den Betriebsrat im Rahmen der Beratungsrechte zu beraten. Bei den "Stabsfunktionen", die von jeder "Linienfunktion" und von jeder betriebsverfassungsrechtlichen Beratungspflicht gegenüber dem Betriebsrat isoliert sind, fehlt es immer am funktionalen Gegensatz zum Betriebsrat, da ein solcher Inhaber einer "Stabsstelle" nicht der kompetente Gesprächspartner des Betriebsrat ist.

V.) Neben dem allgemeinen Oberbegriff des "leitenden Angestellten" muß noch zusätzlich ein Tatbestand der Nummern 1 bis 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllt sein, damit ein Angestellter gemäß § 5 Abs. 3 BetrVG der betriebsverfassungsrechtlichen Regelung nicht untersteht.

L E B E N S L A U F

Am 9. Februar 1949 wurde ich in Issum, Kreis Geldern (Ndrrh), als zweiter Sohn des freischaffenden Kunstmalers Reinhard M. Bongartz und seiner Ehefrau Margarete geb. Müller, geboren; ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ostern 1955 wurde ich in die kath. Volksschule Issum eingeschult. Von Ostern 1960 an besuchte ich den altsprachlichen Zweig des Friedrich-Spee-Gymnasiums in Geldern, wo ich im Mai 1968 das Abitur ablegte.

Zum Wintersemester 1968/69 immatrikulierte ich mich an der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster für den Fachbereich Rechtswissenschaft; für die Dauer des Wintersemesters 1970/71 wechselte ich zur Philipps-Universität Marburg und kehrte zum Sommersemester 1971 wieder nach Münster zurück. Nach einem Studium von 9 Semestern legte ich vor dem Justizprüfungsamt Hamm das erste juristische Staatsexamen ab.

Im Wintersemester 1973/74 und im Sommersemester 1974 war ich an der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster eingeschrieben. September 1974 trat ich im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf in den juristischen Vorbereitungsdienst ein; zur Zeit befinde ich mich -nach Übernahme in den Oberlandesgerichtsbezirk Hamm- zur Ausbildung bei einem Rechtsanwalt in Borken.